

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

HEMERSON GILBERTO DA SILVA RUBIO

**A PROBLEMÁTICA DO RISCO NA ONEROSIDADE EXCESSIVA
SUPERVENIENTE**

CURITIBA
2018

HEMERSON GILBERTO DA SILVA RUBIO

**A PROBLEMÁTICA DO RISCO NA ONEROSIDADE EXCESSIVA
SUPERVENIENTE**

Monografia apresentada à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

HEMERSON GILBERTO DA SILVA RUBIO

A PROBLEMÁTICA DO RISCO NA ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo (Orientador)

Prof.^a Dr.^a Adriana Espíndola Corrêa

Prof. Giovani Ribeiro Rodrigues Alves

Curitiba, ____ de _____ de 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a problemática do risco na onerosidade excessiva superveniente. Conforme o regime do Código Civil, pode ser requerida a resolução ou revisão do contrato quando, em um negócio de execução continuada ou diferida, a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, em virtude de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis. Considerando o pressuposto de que todas as relações contratuais comportam um grau de incerteza, ínsito às operações econômicas, bem como tendo em conta os requisitos legais elencados, visa a monografia examinar a ligação entre o conceito de imprevisão e o de risco, buscando a distinção entre os eventos pelos quais as partes devem responder, arcando com os riscos da sua materialização, e aqueles que autorizam a modificação do contrato, por gerarem uma excessiva onerosidade. Para tanto, analisa-se o conceito de risco, na linguagem ordinária, nas ciências sociais e no direito, bem como o substrato material dos contratos, sintetizado na noção de operação econômica, além do modo em que a ideia de risco se insere nas diversas classes contratuais. Ainda, como preliminar ao estudo do instituto da onerosidade excessiva, são expostos o modo de assunção de riscos no contrato e o desenvolvimento teórico da possibilidade de alteração dos negócios pela mudança das circunstâncias, discorrendo-se sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da imprevisão e a teoria da base do negócio jurídico. Por fim, são averiguadas as hipóteses de resolução e revisão, fundamentadas nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, aferindo-se os critérios mediadores da aplicação da lei ao caso concreto.

Palavras-chave: Direito dos contratos. Risco. Operação econômica. Onerosidade excessiva. Revisão contratual. Resolução.

ABSTRACT

The present work analyzes the problematic of risk in excessive onerosity. In accordance with the legal regime of the Brazilian Civil Code, the resolution or revision of a contract may be required when, in a business of continuous or deferred execution, the performance of one of the parties becomes excessively burdensome due to extraordinary or unforeseeable events. Considering the assumption that all contractual relations involve a degree of uncertainty, natural to economic operations, as well as taking into account the legal requirements listed, the dissertation examines the connection between the concept of risk and the concept of uncertainty, seeking to distinguish the events for which the parties must respond, bearing the risks of their materialization, from those that authorize the modification of the contract, due to excessive onerosity. To do so, the concept of risk is analyzed in ordinary language, in the social sciences and in the legal science, being analyzed as well the material substratum of contracts, synthesized in the notion of economic operation, and the way in which the idea of risk is inserted in the various contractual classes. Also, as a preliminary to the study of the institute of excessive onerosity, the thesis explores the assumption of risks in the contract and the theoretical development of the possibility of changing deals due to changing circumstances, assessing the *rebus sic stantibus* clause, the unpredictability theory and the legal transaction basis theory. Finally, the hypotheses of contract resolution and review are verified, based on articles 317, 478, 479 and 480 of the Civil Code, alongside the mediating criterion of the application of the law to the concrete case.

Keywords: Contract law. Risk. Economic operation. Excessive onerosity. Revision of contract. Resolution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DEFINIÇÃO DE RISCO NO DIREITO DOS CONTRATOS.....	11
2.1	SIGNIFICADOS USUAIS DE RISCO.....	11
2.2	DELINEAMENTO DOS SIGNIFICADOS DE RISCO NAS CIÊNCIAS SOCIAIS	12
2.3	RECEPÇÃO DO TERMO RISCO PELO DIREITO	18
2.4	CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO JURÍDICO DE RISCO.....	23
2.4.1	A vagueza socialmente típica	29
3	OS RISCOS E O PERCURSO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE	36
3.1	OPERAÇÃO ECONÔMICA E CONTRATO	36
3.2	O RISCO ENTRE AS DIVERSAS CLASSES CONTRATUAIS.....	38
3.2.1	Contratos sinalagmáticos.....	39
3.2.2	Contratos onerosos e gratuitos.....	42
3.2.3	Contratos comutativos e aleatórios.....	43
3.3	A ASSUNÇÃO DE RISCOS NO CONTRATO	44
3.4	DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS.....	46
3.4.1	A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e a teoria da imprevisão.....	47
3.4.2	A base do negócio jurídico.....	48
3.4.3	A economia do contrato e o surgimento do regime legal da onerosidade excessiva	51
4	INTERPRETAÇÃO DO RISCO E MODIFICAÇÃO DO PROGRAMA CONTRATUAL.....	53
4.1	INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	53
4.2	OS REQUISITOS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE.....	56
4.3	IMPREVISÃO, RISCOS ORDINÁRIOS E RISCOS EXTRAORDINÁRIOS....	60
4.4	RISCOS, ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE E AS HIPÓTESES DE RESOLUÇÃO E REVISÃO DOS CONTRATOS	62
4.4.1	Revisão do contrato.....	63
4.4.2	Resolução.....	65
5	CONCLUSÕES	68
	REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Um dos pressupostos estruturantes do direito dos contratos é o dever de cumprimento das obrigações assumidas, plasmado no tradicional princípio do *pacta sunt servanda*. Mas também a equidade e o ideal de justiça comutativa são inseparáveis da visão contemporânea das relações contratuais, ganhando importância a questão material do conteúdo dos negócios jurídicos. Entretanto, na compatibilização de tais valores, subjacentes aos vínculos obrigacionais, problemas concretos podem surgir, para os quais não se encontra regra de decisão expressa ao mesmo tempo que cada vetor axiológico aparenta apontar para soluções distintas.

Sendo a realidade dinâmica, as circunstâncias contextuais dos contratos mudam invariavelmente, transformando, em alguns casos, o equilíbrio original pensado pelos contratantes. Assim, emerge uma possível contradição, polarizada entre o dever do contrato ser cumprido, nos termos negociados, ou de certa noção de corresponsabilidade ser protegida, a ponto de se alterar a medida das prestações estabelecidas. Entre as duas opções, coloca-se a problemática do risco, dado que o dever de cumprimento dos contratos de forma indiferente às mudanças posteriores à celebração do vínculo implica na assunção, por uma das partes, do “risco” da alteração das circunstâncias.

Não obstante, atualmente também é sedimentado o fenômeno da resolução e revisão dos contratos, no qual, apesar do *pacta sunt servanda*, o judiciário entende por corrigir a organização dos direitos e deveres aceitos pelos contraentes, utilizando razões técnicas, que, contudo, ao fundo, remetem justamente aquelas ideais de equilíbrio e equidade. Dessa forma, nesses cenários, ante a superveniência de certos eventos, entende-se pela liberação do contratante, originalmente incumbido de alguma prestação, ou pela modificação da dívida original, hipóteses em que não responderá pelo risco da transformação da conjuntura.

O Código Civil disciplina esta matéria em seção própria, ainda que não exaustivamente, estatuinto as possibilidades de resolução e revisão contratual por onerosidade excessiva. Constitui o risco, desse modo, um dos ângulos pelo qual o tema da onerosidade superveniente pode ser analisado, propondo-se, no presente trabalho, a investigação das espécies de riscos que permitem a modificação do

contrato ou a sua resolução, com a averiguação dos requisitos que devem ser atendidos para tanto.

Permitindo o objeto variados modelos de exposição, com enfoques doutrinários ou jurisprudenciais, opta-se, na monografia, por um perfil eminentemente teórico, com a descrição do atual estado da matéria na produção acadêmica especializada e o esboço das concepções essenciais que integram o tópico. Desta maneira, analisar-se-á o enquadramento do assunto no panorama dos estudos jurídicos, o percurso de desenvolvimento intelectual da questão e a sua configuração conceitual.

Assim, buscando-se o amplo delineamento da questão do risco na onerosidade excessiva superveniente, primeiramente, no Capítulo 1, serão descritas as várias acepções que o termo “risco” abarca, concluindo-se que os significados aos quais o termo se relaciona extrapolam o mundo do direito, espraiando-se por uma série de outros campos, tornando conveniente a diferenciação, mesmo que sintética, dos significados usuais da palavra nas outras ciências sociais daqueles manifestados no direito.

Ultrapassada a análise do significado de risco nas outras áreas das ciências humanas, e considerando ainda que o direito é um sistema aberto, sujeito a influxos de outros domínios do conhecimento, ainda na parte inicial da monografia analisar-se-á a medida em que os sentidos extrajurídicos de “risco” adentram na esfera jurídica, integrando ou modificando os conceitos específicos desse campo. Nesse assunto, em vista da autonomia metodológica do direito, constata-se que mesmo absorvendo concepções externas, o método próprio do campo conduz a recortes e alterações.

De todo jeito, mesmo no âmbito jurídico o termo é polissêmico, conectando-se e integrando-se, em diferentes medidas, a outras categorias, podendo vir a compor a estrutura dos contratos de diversas formas, segundo a classe contratual avaliada, bem como influenciar de inúmeros jeitos a formação e o desenvolvimento do vínculo obrigacional. Tendo em mente as vicissitudes que podem ocorrer durante o processo da obrigação, o intérprete será chamado, em um caso concreto, a interpretar o contrato, visando construir a solução para o problema que se apresenta, quando deverá necessariamente analisar todos os dados do negócio, e, sendo o risco um dos seus componentes, deterá também seu peso na raciocínio

judicial, quando deverá ser relacionado aos outros elementos do negócio sob escrutínio.

Logo, no Capítulo 2, torna-se oportuno o estudo do substrato material dos contratos, que são formulados sempre como formalização jurídica de uma operação econômica, estando a ela funcionalizados. Ademais, apesar de toda relação contratual versar sobre uma operação econômica concreta, não se desconsidera a diversidade de classes de contratos, de modo que, na sequência, averiguar-se-á como a questão do risco é posta em alguns sub-gêneros contratuais.

Constatado que todo contrato sempre comporta perigos, será avaliado o processo de assunção de riscos pelos contratantes. Contudo, neste ponto, frente ao objeto central da dissertação, abre-se o caminho para o exame de como certos eventos ultrapassam a capacidade de previsão das partes, ao ponto de ser injusto a elas atribuir o custo desses acontecimentos supervenientes. Diante de tais riscos, desdobra-se a possibilidade de modificação dos contratos.

Preliminarmente, examinar-se-á, sinteticamente, o percurso teórico da revisão e resolução das convenções, percorrendo-se sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da imprevisão, a ideia de base do negócio jurídico e, finalmente, sobre o surgimento do regime legal da onerosidade excessiva.

No Capítulo 3, após breve introdução sobre a interpretação e integração dos negócios jurídicos, onde se atentará, principalmente, para os deslocamentos hermenêuticos ocasionados em virtude da verificação de certas características, serão decompostos os requisitos da onerosidade excessiva superveniente, chegando-se a interconexão entre o tema do risco e o referido instituto, com a análise dos gêneros de riscos dos contratos e o diagnóstico de qual deles autoriza a modificação. Por fim, serão avaliadas as hipóteses e os requisitos postos pelo Código Civil para a resolução e revisão dos contratos.

2 DEFINIÇÃO DE RISCO NO DIREITO DOS CONTRATOS

2.1 SIGNIFICADOS USUAIS DE RISCO

O termo risco habita a linguagem cotidiana e, ante a inexistência de consenso quanto a um significado preciso, pode ser utilizado em diferentes contextos, como meio de comunicação de variadas situações da vida. Entretanto, ampliando-se o âmbito de análise para além dos vários significados usuais, é possível observar a verdadeira abundância de acepções que a palavra assume. Em um caminho do ordinário ao específico e ao técnico, o vocábulo ganha novas cores e se reveste de complexidades, a ponto de ser considerado conceito essencial à conceituação da sociedade pós-industrial.¹

Mas, a especificação e tecnização do termo não torna menos árdua a tarefa de definição, pois, mesmo em domínios restritos, abundam descrições distintas, muitas vezes antinômicas entre si. Assim, mostra-se adequado discorrer sobre os significados usuais do termo e o modo como ele se insere em certas áreas do conhecimento, para então traçar o desenho dos significados que assume no direito, especialmente no direito contratual.

Em uma primeira aproximação, o campo semântico do termo risco remete a situações de incerteza, relativas a eventos futuros, nos quais distintos resultados podem acontecer, desconhecendo-se aquele que se concretizará,² de modo que “a essência do risco não é aquilo que está a acontecer, mas antes aquilo que pode vir a acontecer”,³ ganhando relevo o caráter condicional e a distinção entre possibilidade e realidade.⁴ Ademais, “apesar da noção de risco também poder ser aplicada para prognosticar aspectos positivos, regra geral, o conceito é definido como potencial para a ocorrência de consequências negativas e inesperadas”.⁵

¹ Vide BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade, 2. Ed. São Paulo: ED. 34, 2011.

² AREOSA, João. O risco nas ciências sociais: uma visão crítica ao paradigma dominante. **Revista Alagoana de Sociologia**, 2010; n°s 5 e 6. p. 12.

³ Ibid., p.12.

⁴ Ibid., p.13.

⁵ Ibid., p.13.

Além do sentido de risco como situação ou condição, sob outro aspecto, pode ser visto como “categoria”, cuja adoção desencadeia uma série de consequências, ao permitir a estruturação de quadros analíticos e consequenciais.⁶

Devido a impossibilidade de se conhecer mais do que uma pequena fração dos perigos e riscos existentes, além de nem sempre ser assegurado que determinadas medidas serão efetivas na prevenção de acidentes ou resultados indesejados, alguns autores concluem que o significado da palavra é socialmente construído, transformando de certa forma o risco em algo onipresente, a ponto da sociedade se encontrar “perenemente em risco”.⁷ Por consequência, “a definição apresenta oscilações mediante os diversos contextos sociais onde é produzida”, sendo que tais “percepções e representações do risco não são homogêneas e universais”.⁸

Ainda, os riscos podem ser distinguidos em quantificáveis e não quantificáveis, quando se verifica, respectivamente, a “probabilidade de ocorrência de um determinado evento futuro” ou um “elevado nível de incerteza sobre a eventual ocorrência de um evento”, constituindo os riscos, em qualquer dos casos, “uma espécie de antecâmara para acontecimentos futuros”, no sentido de construção mental, traduzindo “essencialmente uma projeção incerta de acontecimentos vindouros”.⁹

2.2 DELINEAMENTO DOS SIGNIFICADOS DE RISCO NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

Entretanto, como indicado acima, o termo ultrapassa o uso cotidiano para constituir objeto de estudo de uma série de disciplinas, sobretudo, no que diz respeito a potencialidade de diálogo com o direito, dos ramos das ciências humanas.

Considerando os inúmeros riscos com os quais indivíduos ou sociedades se deparam, questionou-se, academicamente, como individualizar os que deveriam ser

⁶ MARANDOLA JR., Eduardo; HOGAN, Daniel Joseph. O risco em perspectiva: tendências e abordagens, In **Geosul**, Florianópolis, v. 19, n. 38, jul./dez. 2004. p. 46. Entretanto, as construções sobre o termo restam sob bases frágeis, devido a indeterminação do termo e a complexidade dos fenômenos que ele tenta explicar ou reger: “os estudos mais comprometidos com o objetivismo trazem consigo métodos e técnicas de pesquisa, como a quantificação, o paradigma do ator racional e a tendência de analisar os fenômenos circunscritos a um pequeno contexto de causação. Estas tendências trazem uma aparência de segurança, por produzir certezas, enquanto mostram-se extremamente frágeis num curto espaço de tempo” (Ibid., p. 46).

⁷ AREOSA., op. cit., p.12.

⁸ Ibid., p.12.

⁹ Ibid., p.13.

enfrentados. Investigando a questão, JOÃO AREOSA afirma que a problema reside, para a perspectiva culturalista da antropologia, no fato da definição de risco ser culturalmente determinada.¹⁰ Neste sentido, remetendo à obra seminal de DOUGLAS e WILDAVSKY,¹¹ indica a “inexistência de consensos nas sociedades ocidentais sobre como conhecer, analisar e actuar perante as situações de risco”, mencionando que “indivíduos diferentes podem revelar preocupações diferentes sobre os mesmos riscos”.¹²

A impossibilidade de cognição de todos os perigos, bem como a inviabilidade de preparação contra os mais diversos cenários, levaram antropólogos a perceber uma seleção social do risco, entendido como “algo carregado de significado, fortemente influenciado por valores e crenças sociais”.¹³ Como produto cultural, ligam-se às variáveis sociológicas as atitudes individuais, passíveis de assumirem formas e modelos diversos, o que poderia levar, por exemplo, a certa tolerância quando os efeitos adversos de uma situação não estão completamente confirmados, ou cálculos de custo-benefício, quando conhecidos, dentro das hipóteses de aceitabilidade social do risco.

Outra questão problemática gira em torno dos riscos serem assumidos voluntariamente ou serem impostos, e, nesse último caso, se a imposição é a sociedade como um todo ou a grupos específicos, o que permite debates a respeito de uma distribuição desigual dos riscos.¹⁴

Em todos esses cenários, não obstante a diversidade de temas e problemas, o risco é entendido culturalmente, sujeito aos influxos da dinâmica social.¹⁵

Outra análise das ciências humanas funda-se na obra do sociólogo ULRICH BECK, que apresentou o conceito de sociedade de risco, defendendo o deslocamento da ordem da sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, para um modelo diverso, “no qual a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira

¹⁰Ibid., p.14.

¹¹ Cf. DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e Cultura** - Um Ensaio Sobre a Seleção de Riscos Tecnológicos e Ambientais. São Paulo: Campus, 2012.

¹² AREOSA, op. cit., p.14.

¹³ Ibid., p.14.

¹⁴ Ibid., p.15.

¹⁵ Buscando o motivo da sociedade demonstrar medo apenas de alguns tipos de risco, AREOSA (op. cit., p. 15), com base em DOUGLAS E WILDAVSKY, afirma que “uma das possíveis explicações para esta questão se deva ao facto de nos últimos anos aquilo que anteriormente era visto como fonte de segurança (relações interpessoais, família, trabalho, etc.) ter-se tornado em fonte de risco”.

modernidade”.¹⁶ Utilizando o termo “incertezas fabricadas”, o autor defendeu que a sociedade finalmente teria conhecimento da impossibilidade de “controlar as consequências de algumas decisões civilizacionais”¹⁷, em uma conjuntura na qual os riscos não mais constituem fenômenos locais, circunscritos a uma determinada área ou situação, dado que assumiriam progressivamente um aspecto global¹⁸.

Desta maneira,

segundo Beck, surge uma ruptura inevitável com o passado, ou seja, os parâmetros explicativos da sociedade industrial já não cabiam dentro da dinâmica da modernidade. Apesar dos riscos individuais sempre terem existido, a modernidade gerou novos tipos de riscos, radicalmente distintos dos anteriores.¹⁹

Assim, a ideia designa “as sociedades contemporâneas, nas quais os riscos sociais, individuais, políticos e econômicos tendem, de forma crescente, a escapar à protecção, controlo e monitorização da sociedade industrial”,²⁰ defendendo-se que o risco se insere dentro do próprio processo de modernização, no qual seria incorporado o elemento da incerteza.²¹

Nessa concepção, “o risco está vinculado a determinada deslocação da ordem, é uma fratura que transporta ameaças latentes, de maneira desarticulada e oculta”²², o que levou o autor a identificar a necessidade de renovação das soluções sociais e políticas ortodoxas geralmente adotadas²³.

¹⁶ GUIVANT S., Júlia. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *In Revista Estudos Sociedade e Agricultura*, n.16, abril 2001. P. 95.

¹⁷ AREOSA, op. cit., p. 16.

¹⁸ “Qualquer invenção, descoberta ou catástrofe terá efeitos por todo o planeta, tornando necessário orientar nossas ações, organizações e instituições em um eixo ‘local-global’. (...) Assumindo a ideia de globalidade, a sociedade de risco torna-se necessariamente uma sociedade de risco global. Os desafios e perigos produzidos pela civilização não são passíveis de delimitação no tempo e no espaço. A sociedade de risco global, para Beck, vem até o momento se desenvolvendo através de quatro grandes atos. O primeiro grande ato foi Chernobyl; o segundo, a ameaça de catástrofe climática; o terceiro, os ataques terroristas de 11 de setembro; o quarto, os riscos financeiros globais expostos pela crise deflagrada em 2008” (MAURICIO JR., Alceu. **O Estado de Risco: O Estado Constitucional de Direito no Paradigma Social do Risco**. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, 2012. p. 50-51).

¹⁹ AREOSA, op. cit., p.17.

²⁰ Ibid., p.17.

²¹ Ibid., p. 20.

²² Ibid., p. 20.

²³ “Segundo BECK, a maioria destes novos cenários de risco pode ser produzida industrialmente, globalizada economicamente, individualizada juridicamente, legitimada cientificamente e minimizada politicamente. Os riscos existem e não são apenas uma mera construção social imaginária, embora a sua maior ou menor aceitabilidade possa depender da forma como são percebidos socialmente, reconhecendo-se também neste processo alguma ambivalência” (Ibid., p. 19).

GUIVANT narra que, de acordo com BECK, a política convencional tende a se enfraquecer cada vez mais, à medida que as dicotomias e categorias tradicionais deixam de ter utilidade, a ponto de propor o autor alemão um “espaço da subpolítica”, entendido como subsistemas políticos capazes de integrar os *outsiders* da esfera ortodoxa, que devem participar do espaço político e debater sobre os assuntos que lhes afetam.²⁴ Todavia, as soluções levantadas para os novos problemas são criticadas por não serem precisas o suficiente em delinear um caminho concreto para a mudança das atitudes políticas, bem como pela indeterminação dos métodos aventados para a administração dos riscos.²⁵

Outra abordagem do tema provém da teoria sistêmica, particularmente na linha em que desenvolvida por NIKLAS LUHMANN, que distinguiu o conceito de risco do de perigo, onde ambos estariam associados à ideia de potencial perda futura, mas no perigo as consequências ocorreriam independentemente da vontade, enquanto no risco elas se originariam de decisões próprias²⁶. Além do mais, por esse prisma, “o risco encontra-se ligado aos processos de decisão e estes só podem ser realizados no presente. Deste modo, a dimensão temporal é também relevante na abordagem sistêmica”.²⁷

Contabilizando as categorias gerais que perpassam o trabalho de LUHMANN, máxime a complexidade, a contingência e a tendência dos sistemas perdurarem no tempo, defende-se que

a concretização de um risco será sempre expressa através de uma disfunção do sistema. A abordagem sistêmica define o risco como uma ou mais condições de uma variável, que possuem potencial suficiente para interromper um sistema, quer isto signifique a sua degradação completa, quer signifique o desvio das metas preestabelecidas (...).²⁸

Assim, a complexidade “obriga a uma seleção forçada entre diversas opções, colocando o ser humano frente à contingência, com a possibilidade de

²⁴ GUIVANT S., op. cit., p.101. “A subpolítica seria uma forma de fazer política radical, que levaria a uma reconstrução do sistema político, por meio da delegação do poder a grupos diversos (...) e a agências globais, combinando novos conteúdos, formas e coalizões com um ingrediente de realismo maquiavélico, e não através de uma política de convicção no sentido de Weber” (Ibid., p. 101).

²⁵ GUIVANT S., op. cit., p. 105. “A complexidade de conflitos e tensões que ele identifica na sociedade de risco parece evaporar-se quando nos perguntamos o que haveria além dela. As soluções propostas permanecem num plano de alta generalidade, e portanto, mais parecem próximas da utopia do que de uma viável reinvenção da política” (ibid., p.105).

²⁶ AREOSA, op. cit., p. 21.

²⁷ Ibid., p. 23.

²⁸ Ibid., p. 22.

desapontamento e a necessidade de assumirem-se riscos”.²⁹ Nesse prisma, o risco teria uma função operatória necessária à redução da complexidade, determinada pela incerteza do tempo futuro³⁰. Tocando em ponto nevrálgico da matéria, e considerando os pressupostos adotados por LUHMANN, AREOSA afirma que

um dos problemas que a moderna teoria do risco tem de enfrentar está relacionado com a forma de organizar os processos de aprendizagem perante situações de elevada incerteza, isto é, como podemos tomar decisões perante cenários de larga margem de incerteza. Na abordagem sistêmica, o tema do risco envolve um processo evolutivo onde os grupos e instituições organizam o seu conhecimento e este conhecimento é partilhado com outros sistemas sociais, através da comunicação. (...) [Entretanto], segundo Luhmann, nem mesmo o aumento do conhecimento consegue ultrapassar o problema do risco, visto que níveis mais elevados de conhecimento não asseguram uma transformação do risco em segurança.³¹

Por isso, o risco surgiria, dentro da comunicação intersistêmica, como meio de reprogramação dos variados subsistemas da sociedade.³² Ainda, também LUHMANN aponta que “haverá sempre um razoável número de pessoas que serão atingidas por decisões de outras pessoas e organizações”, o que exige da sociedade atenção aos impactados por escolhas em que não participaram, cuja posição deve ser protegida pelo direito.³³

Outra perspectiva em que o tema pode ser estudado, dentre tantas, posiciona-se na imbricação do conceito com a teoria da governamentalização, que foi desenvolvida sobretudo pela obra de FOUCAULT³⁴, tendo diversos autores, subsequentemente às suas publicações, a conectado ao risco.³⁵

²⁹ MAURICIO JR, op. cit., p. 51.

³⁰ AREOSA, op. cit., p. 23.

³¹ Ibid., p. 23.

³² Ibid., p. 23.

³³ MAURICIO JR, op. cit., p. 44.

³⁴ Comentando o trabalho de FOUCAULT, RICARDO MARCELO FONSECA afirma que o Poder Disciplinar, ao lado do poder soberano, “atua também de modo positivo, construindo e moldando subjetividades e que, antes de qualquer outro efeito, busca gerir a vida; é o poder que, além de estabelecer vetos e interdições, estabelece padrões positivos de atuação aos corpos, de forma a enquadrá-los em uma norma. (...) A partir destes marcos é que a ideia de ‘sociedade de segurança’ pode ser introduzida. Os chamados ‘dispositivos de segurança’ (típicos da ‘sociedade de segurança’) são aqueles que Foucault já denominara em alguns escritos pouco anteriores de dispositivos biopolíticos. Vale dizer, é aquele conjunto de estratégias normalizadoras que aparecem em dado momento histórico para dar conta da questão da ‘população’ que emerge no séc. XVIII (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**, 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 142-143).

³⁵ AREOSA, op. cit., p. 24.

A governamentalização é entendida, no formato em que trabalhada pelo filósofo francês, como a “arte de governar”, argumentando-se que FOUCAULT utiliza a ideia para interpretar os métodos através dos quais os estados são conduzidos pelos detentores do poder, embora ela também apareça em outros contextos, como na governação da casa, da família, dos conventos e das “almas”.³⁶

Atualmente, sustenta-se que o conceito de risco se tornou um instrumento de controle social e vigilância sobre o território e as populações, onde seriam aferidos hábitos e potenciais comportamentos desviantes, com a ciência e seus peritos integrando um dos principais pilares da observação.³⁷ Nessa lógica, “o risco é visto como um conjunto de diferentes caminhos que pretende ordenar o futuro de forma calculável, recorrendo a técnicas particulares e visando objectivos específicos (a governação ou gestão dos riscos)”³⁸.

AREOSA menciona que o ângulo em que a proposta é formulada deriva da segurança ter se tornado preocupação central das sociedades contemporâneas, “não porque os riscos da era industrial se tenham tornado absolutamente seguráveis, mas porque as sociedades se reavaliam, com todos os seus problemas e incertezas, em função das tecnologias do risco (seguros)”.³⁹

Realizada essa primeira aproximação à temática, observável é a amplitude da matéria, considerando, além de tudo, que a exposição do conceito baseou-se somente em parcela restrita das ciências humanas, sem menção de outros campos onde ele assume fisionomias *sui generis*, como, por exemplo, na medicina, na engenharia e na saúde pública.⁴⁰ Mesmo assim, em vista da pluralidade de significados, e já se tendo algum subsídio das acepções possíveis, deve-se explorar a semântica específica que ganha a palavra no direito, delineando, em especial, a

³⁶ Ibid., p. 24.

³⁷ Ibid., p. 25.

³⁸ Ibid., p. 25.

³⁹ AREOSA, fundamentado em FRANÇOIS EWALD, afirma que “o risco não é uma realidade objectiva. Pelo contrário, é uma entidade essencialmente construída no imaginário da esfera social, embora não tenha o mesmo sentido do construtivismo social – está antes relacionado com as tecnologias do risco. Neste contexto, o risco é uma forma de racionalidade, é um estilo de pensamento que representa certos eventos. Para este autor, o cálculo do risco desenvolve formas e métodos para transformar em previsível, aquilo que supostamente é “imprevisível” (op. cit., p. 26).

⁴⁰ “Com efeito, passando ao campo da SC, (...) e, mais especificamente, ao núcleo duro (Epidemiologia) evidencia-se, como já aludido, que *risco* é um conceito central. Para a moderna Epidemiologia, o conceito de risco é um elemento fundamental, possibilitando a esta disciplina não somente o estudo de doenças transmissíveis e não transmissíveis, mas uma ampliação expressiva do seu objeto de estudo” (BOSI, Maria Lúcia Magalhães. Problematizando o conceito de risco em diretrizes éticas para pesquisas em ciências humanas e sociais na Saúde Coletiva. **Ciênc. Saúde Coletiva** [online]. 2015, vol. 20, n. 9. p. 2677).

forma que assume na disciplina das obrigações e no direito dos contratos, bem como a medida em que as definições expostas anteriormente ultrapassam os seus respectivos campos e participam da significação jurídica de “risco”.

2.3 RECEPÇÃO DO TERMO RISCO PELO DIREITO

Mas, antes de investigar a posição da literatura sobre os “significados jurídicos” de risco, parece útil a fixação das fronteiras dessas definições, traçando-se alguns conceitos fundamentais sobre os signos em geral que, aplicados à ciência jurídica, possibilitarão o melhor entendimento das relações que o termo “risco” estabelece com os outros conceitos do direito e com as situações significativas a que se liga, bem como o modo como os operadores o utilizam na prática. Na continuidade dessa ordem, poderá ser explorado o mecanismo particular pelo qual os conceitos sociais adentram no “mundo jurídico” e a “natureza” que nele assumem.

Uma das primeiras correntes filosóficas que se debruçou sobre o problema da linguagem atestou que a unidade de qualquer sistema linguístico reside no signo, composto de dois elementos, o indicador, situado no plano da expressão e o indicado, constituído pela situação significativa (e.g. fenômeno, fato, situação do mundo), comunicável através do indicador⁴¹, de forma que “o signo seria, uma realidade bifásica e seu estatuto lógico seria o de uma relação”.⁴²

Caracterizado nesses termos, poderia ser estudado sob três pontos de vista, devido ao fato “de que pode ser considerado como elemento que mantém três tipos de vinculações: com os outros signos, com os objetos que designa; com os homens que o usam. A primeira é chamada sintaxe; a segunda, semântica; a terceira, pragmática”.⁴³

Mesmo que simplificada, e com algumas distorções do modo como empregado na corrente filosófica citada, é possível utilizar o escalonamento descrito como um roteiro para o estudo do signo “risco” no direito contratual, utilizando-o como modelo analítico para verificar como o termo se relaciona com outros signos e categorias do direito privado, qual o âmbito de fatos, situações e ações que se

⁴¹ WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua Linguagem**, 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 39.

⁴² Ibid., p.39.

⁴³ Ibid., p.39.

conectam à sua designação e como as partes contratantes e os operadores do direito concretamente usam o conceito, na realização e interpretação de negócios jurídicos.

Inicialmente, a sintaxe é colocada como a parte da semiótica que estuda as relações dos signos entre si, constituindo, neste enfoque, a "teoria da construção de toda a linguagem", de modo que

em qualquer das duas alternativas teremos sempre: a) um conjunto de signos e b) um conjunto de regras. As regras serão de duas espécies: a) as regras de formação que indicam a maneira de combinar signos elementares, visando formar signos mais complexos e permitindo, dentro da linguagem, a construção de expressões bem formadas, sintaticamente significativas; b) as regras de derivação que permitem gerar novas expressões a partir de outras já dadas.⁴⁴

No que interessa à exposição, WARAT afirma que, "do ponto de vista jurídico, podemos afirmar que uma expressão está sintaticamente bem formada quando o enunciado acerca de uma ação encontra-se deonticamente modalizado".⁴⁵

Por seu turno, à semântica cabe o estudo dos signos em relação aos objetos aos quais se referem, onde ganha valor o problema da verdade (semântica). Nessa concepção, os conceitos, para integrarem e darem sentido a uma proposição, devem conter propriedades designativas que permitam a construção de uma denotação referencial a estados de coisas existentes, na forma de informação verificável sobre o mundo.⁴⁶ Além do que, ultrapassada a base referencial, precisam

⁴⁴ Ibid., p.40. "Portanto, caracterizamos sinteticamente uma linguagem como um sistema de signos que se relaciona conforme suas regras sintáticas (de formação e derivação. Do ponto de vista sintático, podemos afirmar que um enunciado não tem se não satisfaz a tais regras" (Ibid., p.40).

⁴⁵ Ibid., p. 40. "Para Kelsen, as normas de direito positivo, com respeito aos comportamento, são expressões metalinguísticas, através das quais se pretende dar um sentido objetivo aos atos de interação social, determinando seu caráter deontico, sua significação normativa. A norma pode, desse modo, ser vista como a explicitação metalinguística do sentido social predominante das condutas humanas" (ibid., p. 52). Sobre a modalização deontica, JUAN RUIZ MANERO explica que "toda norma reguladora - constitucional ou não - correlaciona um antecedente, caso ou condições de aplicação (estas três expressões serão entendidas como sinônimas) na qual se modula deonticamente uma certa conduta. Dessa forma, os diferentes tipos de normas reguladoras - constitucionais ou não - obedecerão às diferentes maneiras como é cabível configurar tanto o caso como a solução normativa" (MANERO, Juan Ruiz. Uma tipologia das normas constitucionais. [Tradução por Eduardo Ribeiro Moreira] *In civilistica.com* [on-line], a. 5. n. 1, jan./jun. 2016. p. 8.

⁴⁶ WARAT., op. cit., p. 40. Entretanto, para além do uso analógico do modelo para a investigação do significado do risco, deve-se mencionar que, nos quadros estritos do neopositivismo, "a partir da concepção semântica de verdade tornam-se sem sentido os enunciados que não possuem referência empírica. Desta forma, os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Pretendem, assim, reduzir a significação ao campo referencial e constroem, dessa maneira, o *mito do referente puro*. Pretendem a construção de uma linguagem

se agregar a uma estrutura sistemática, que permite falar ainda de um referente indireto para os conceitos abstratos de uma teoria.⁴⁷ Consequentemente, “no campo da ciência jurídica, o critério de determinação das normas descansaria numa teoria análoga à verdade: a teoria da validade. A validade seria também uma relação e não uma propriedade das normas”.⁴⁸

Atualmente, é possível compreender o problema semântico das expressões jurídicas sobre outros fundamentos, pois aflora nos textos legislativos formulações de hipóteses legais onde se emprega “conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’”, cuja “vagueza semântica” oportuniza a contínua ressignificação do conteúdo que veiculam, permitindo, dessa forma, a mobilidade do sistema, pela “incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção (...), a constante formulação de novas normas”.⁴⁹

Na continuação do modelo proposto, surge a pragmática como o terceiro nível de análise, como “parte da semiótica que estuda a relação signos com os usuários. Sua problemática central gira em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem.”⁵⁰ Assim, parte-se da

ideia de que fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões. Quando se utiliza uma expressão em um contexto comunicacional, esse emprego provoca uma alteração na estrutura conceitual. A teoria dos modos

ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora do *status quo*” (Ibid, p. 42).

⁴⁷ Ibid., p. 43.

⁴⁸ WARAT também critica a posição do neopositivismo lógico quanto ao ponto, defendendo que a condição proposta não deveria ser considerada relevante para o direito, mencionando que ela, mesmo assim, encontra-se desde o normativismo kelseniano até o realismo de Alf Ross. “Kelsen, por exemplo, considera a possibilidade de efetuar um processo de verificação (estipular a verdade de uma proposição jurídica) quando o conteúdo desta corresponder ao conteúdo da norma). Assim, para Kelsen, os enunciados da ciência do direito teriam um sentido semântico - sujeitos às condições de verdade - na medida em que afirmam a validade da norma. (...) De qualquer modo, o processo de verificação kelseniana implica em um processo de coisificação dos conteúdos das normas, não sendo, na verdade, mais do que uma das formas de operatividade e reforço epistemológico das funções de fetichização das normas. O conteúdo das normas cumpre funções sociais que em nada se referem às idéias platônicas acerca dos conteúdos significativos que possam ser vistos como elementos provenientes da natureza. Por outro lado, o valor social de uma norma depende mais da lei, das ideologias legitimadoras do legislativo e do judiciário, do que dos conteúdos pseudo-unívocos apresentados como válidos” (ibid., p. 43-44).

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”, as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 7.

⁵⁰ WARAT, op. cit., p. 45-46.

de significar levanta a questão de um deslocamento significativo em razão do uso concreto de um conceito ou expressão.⁵¹

Transladando o raciocínio para direito, WARAT compreende que a ideologia e os valores sociais integram indissociavelmente a estrutura conceitual explicitada nas normas gerais, de modo a proscrever leituras ingênuas e superficiais dos textos jurídicos, pois deveria o jurista “descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade”.⁵²

Para além da especificidade das várias relações que os signos estabelecem entre si, com os significados aos quais se atrelam e com os seus usuários, falta analisar o processo estrito pelo qual uma palavra usual é “juridicizada”, buscando compreender no que consiste exatamente essa “juridicização”, bem como o que pode ser entendido pela expressão “natureza jurídica”. Nessa área, o percurso exposto se justifica devido às categorias da sintaxe, semântica e pragmática ganharem materialidade própria no campo jurídico, em virtude das adaptações metodológicas necessárias ao diferente contexto, e possibilita a averiguação, no prosseguimento, do modo como o “risco” se integra ou se relaciona com outros institutos e conceitos legais, dos significados que assume no sistema de direito e dos usos a que se sujeita costumeiramente no tribunais e na prática (pragmática).

Como bem apontou ORLANDO GOMES, “os fenômenos econômicos e sociais não se inserem no mundo do direito *sic et simpliciter*, senão por processo de qualificação operado pelas normas que os regulam”⁵³. Assim, sendo a realidade jurídica constituída pela junção de dois elementos fundamentais, o fato social, “matéria prima da experiência jurídica”, e o conjunto de normas, o fato - designado também de aspecto material -, uma vez concretizado na realidade da vida, funciona como ponto de atração das normas - também chamadas pelo referido autor de elemento formal -, desencadeando a incidência, que “se aproveita do processo de

⁵¹ Ibid., p. 46.

⁵² Ibid., p. 47. Apesar dos positivistas lógicos terem se silenciado sobre o fato, “a ideologia pode ser também considerada como uma dimensão pragmática da linguagem. A ideologia não só encontra-se presente no discurso natural, como também constitui um sistema de evocações contextuais surgidas no uso pragmático do discurso científico” (ibid., p. 46).

⁵³ GOMES, Orlando. Curso de Direito Civil, Vol.1: **Introdução ao Direito Civil**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 19.

qualificação das normas que regulam o fenômeno e coincidem com a função econômica e social do fato juridicamente qualificado”⁵⁴.

Ainda, GOMES indicou, quanto a distinção sob análise, que o “direito realiza-se mediante processos técnicos”, de modo que “inviável seria a adaptação das regras jurídicas aos casos concretos ou especiais sem o emprego desses meios e processos”.⁵⁵ Semelhantemente, PONTES DE MIRANDA argumentou que

os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêm (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem. Em verdade, para quem está no mundo em que elas operam, as regras jurídicas marcam, dizem o que se há de considerar jurídico e, por exclusão, o que se não há considerar jurídico.⁵⁶

Tendo como base tal divisão, poder-se-ia indagar a exata conformação ou natureza que o risco assume dentro do plano normativo, reconfigurado das formas manifestadas no plano material. Mas, antes de determinar a “natureza” do risco, dentro do sistema de direito, deve-se aprofundar o sentido e os limites da expressão “natureza jurídica”, pois em diversas vezes foi o vocábulo atacado por ter levado a crer que se pudesse encontrar determinada essência, “algo perene e descontextualizado da mutável realidade histórica e social”⁵⁷.

Sobre o assunto, ORLANDO GOMES sustentou que a necessidade de unidade lógica acarreta a integração das regras atinentes às diversas relações jurídicas, que, agrupadas metodicamente, formariam os institutos jurídicos, constituindo esses, por sua vez, o que se denomina de “sistema jurídico”, de modo que cada instituto deteria lugar próprio na estrutura sistemática, defendendo-se que “encontrá-lo, é determinar-lhe a natureza”, pois a localização se tornaria necessária “para a melhor compreensão e exata aplicação das regras que o compõem”.⁵⁸

⁵⁴ Ibid, p.18-19. ORLANDO GOMES assinalou também que “se, por fim, se pretende conhecer o ordenamento jurídico na sua função prática, como sistema de normas que emprestam determinada significação a certas relações sociais, qualificando-as como relações jurídicas, penetra-se no campo da dogmática jurídica”, complementando, não obstante, que “o direito é fenômeno social, não sendo possível estudá-lo abstraindo-o da sociedade” (Ibid., p.20).

⁵⁵ Ibid., p.23-24.

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.13.

⁵⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014. p. 171.

⁵⁸ GOMES, op. cit., p.24-25.

Com mais rigor, ao buscar a natureza jurídica de uma instituição, “investiga-se o regime jurídico a ela aplicável, considerando que, na complexidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, diversos institutos se organizam, se aproximam e se diferenciam, conforme a maior ou menor identidade do regime jurídico a eles pertinente”.⁵⁹ Logo, ao atribuir a determinado instituto determinada natureza jurídica, atribui-se a ele uma série de princípios e de regras, que, necessariamente, “servirão de suporte para a busca de soluções para ulteriores questões, desde as mais teóricas até as mais práticas”.⁶⁰

E o mesmo se diga ao relacionar ou vincular determinado conceito a um instituto específico, porque o regime jurídico respectivo também irá conformar a interpretação do termo e a pesquisa da espécie de relação estabelecida, cujo sentido deverá ser fixado em face das outras unidades do tema, dentro de uma hermenêutica global.

2.4 CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO JURÍDICO DE RISCO

Uma vez estabelecido o quadro analítico das qualidades de relações que o risco, como signo, pode manter e a peculiaridade do processo pelo qual um termo se torna juridicamente relevante, pode-se proceder a exposição dos significados que a palavra adquire dentro do direito contratual, que servirão como base para o posterior aprofundamento da matéria.

Para esse fim, e ante a importância detida pelos conceitos e definições na prática do direito⁶¹, podem ser indicados, mesmo que resumidamente, critérios para uma tipologia das definições, distinguindo-as em três pares: designativas-denotativas, lexicográficas-estipulativas e nominais-reais.⁶²

No que tange ao primeiro par, “a designação pode ser caracterizada como o conjunto de propriedades a partir do qual é possível estabelecer quando um termo

⁵⁹ LEONARDO, op. cit., p.171-172.

⁶⁰ Ibid., p. 172.

⁶¹ “Numa época como a em que vivemos, de domínio das cláusulas gerais, é importante sedimentar sobre conceitos sólidos o pensamento jurídico e, por conseguinte, a aplicação do direito, sob pena de se perder a noção de sistema, com abalo inevitável da segurança jurídica pela aplicação sem método de normas de conteúdo aberto ou indeterminado” (PASQUALOTTO, Adalberto. **A importância dos conceitos na construção da dogmática.** In MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Maria Jacob de (organizadoras). Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 100.

⁶² WARAT, op. cit., p. 55-58.

pode ser aplicado a uma classe de elementos”⁶³, de forma que “definir designativamente é formular um critério sobre as propriedades que permitem construir uma classe de objetos”⁶⁴. Ao passo que “a denotação corresponde ao conjunto dos objetos que satisfazem as condições designativas”.⁶⁵

As definições lexicográficas, conforme o neopositivismo lógico, “explicitam a maneira como efetivamente as pessoas de uma determinada comunidade usam uma expressão”,⁶⁶ ao passo que

as definições estipulativas, pelo contrário, são propostas significativas inéditas. Pode-se falar de estipulação em diversos sentidos. Por vezes, ela consiste na escolha contextual de um termo ambíguo. Assim, por exemplo, a expressão ‘democracia’ tem um sentido denotativo incerto, dependente de critérios axiológicos. Desta forma, quando o indivíduo explicita a designação que dá ao termo, está elaborando uma definição estipulativa. Este tipo de estipulação ocorre como opção entre várias definições lexicográficas. Em outros casos, podemos falar de estipulação para as situações em que se introduz um termo novo ou se propõe um sentido diferente para um termo de uma linguagem já em uso.⁶⁷

Finalmente, alega-se que “as definições reais têm a alienante pretensão de produzir critérios significativos reveladores dos atributos essenciais das coisas”, à medida que se defende que “as definições nominais baseiam-se no carácter construtivo e arbitrário da relação das palavras com o mundo”, apenas estabelecendo “relações de termos no interior de uma linguagem”.⁶⁸

Todas os três pares de distinções foram contributos do neopositivismo lógico, que apontou a formulação designativa como a prevalecente na ciência, enquanto a denotação ocuparia papel secundário, dependente da designação.⁶⁹ Além do mais, a lógica positivista repudiou as definições reais ao mesmo tempo que aceita as nominais.⁷⁰

Todavia, nesse ponto, a problemática exposta contacta e se imbrica à questão das definições jurídicas, sendo que a escolha de perspectivas diferentes pode acarretar alterações na estipulação do conceito de risco.

⁶³ Ibid., p. 56.

⁶⁴ Ibid., p. 56.

⁶⁵ Ibid., p. 56.

⁶⁶ Ibid., p. 57. “(...) Ensinam ou mostram o sentido de certas palavras para certas pessoas, em uma época mais ou menos precisa. (...) É, portanto, uma forma de história significativa” (Ibid, p. 57).

⁶⁷ Ibid., p. 57.

⁶⁸ Ibid., p. 58.

⁶⁹ Ibid., p. 56.

⁷⁰ Ibid., p. 58.

Por muito tempo as definições reais foram as prevalecentes no direito, buscando os juristas a essência dos institutos, a sua “natureza”.⁷¹ Entretanto, o desenvolvimento teórico do século XX sustou a tendência essencialista ou naturalizadora dos institutos, através do reconhecimento da influência de valores sociais e políticos na formulação dos conceitos jurídicos, cuja aplicação é ligada indissolavelmente ao período histórico em que se inserem.⁷² Além de histórica, “a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social”.⁷³ Inicia-se, assim, a análise de todas as definições jurídicas “a partir de uma perspectiva léxica ou estipulativa. Procura-se, dessa maneira, pesquisar os usos comunitários dos diferentes termos jurídicos e propor sentidos resultantes de processos de estipulação”.⁷⁴

Esta compreensão do procedimento de construção dos conceitos jurídicos adquire ainda maior corporeidade quando são analisados termos de feição semelhante ao “risco”, isto é, quando

irrompem na linguagem legislativa indicações de valores, princípios, diretrizes sociais, programas e resultados considerados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, bem como empregam-se terminologias científicas, econômicas, sociais, compatíveis com os problemas da idade contemporânea.⁷⁵

Por conseguinte, a investigação do conceito de risco não pode adotar uma perspectiva estritamente designativa-denotativa, perquirindo-se uma lista de propriedades aptas a permitir um juízo binário sobre determinado evento ou hipótese constituir ou não um risco. Ainda mais infrutífera seria a tentativa de estabelecimento de uma definição real para o termo, haja vista a derrocada do panorama ideológico

⁷¹ “São Tomás de Aquino perguntou-se pela essência da lei. Esta pergunta foi respondida em termos jurídicos para todas as questões do direito. Milhões de folhas foram inutilmente utilizadas para a procura da essência do direito, da ilicitude, da natureza jurídica de tudo o que era analisado, do Estado e do poder. Na verdade, tal fato não constitui mais do que uma tentativa de apresentar, como pertencente à própria ordem da natureza, as representações simbólicas que reasguraram no plano da linguagem as relações de poder” (WARAT, op. cit., p. 59).

⁷² “Tal história do direito cumpre um papel legitimador do direito presente ao pretender comprovar que determinadas características do discurso jurídico - como Estado, família ou o princípio de que os contratos devem ser cumpridos ponto por ponto - pertencem à ‘natureza das coisas’. Os institutos contemporâneos são assim naturalizados e tidos como o resultado da tradição. A história, em suma, torna-se a justificadora do presente através de uma suposta demonstração de que o presente foi o caminho ‘natural’ do processo histórico” (FONSECA, op. cit., p. 62-63).

⁷³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 38.

⁷⁴ WARAT, op. cit., p. 59.

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 118.

que permitia o “descobrimento” de conceitos, superado pela compreensão do direito como uma construção necessariamente histórica. Ademais, também uma definição nominal se mostra inadequada, pois, como se verá (*vide* o ponto 3.1), o direito está sempre vinculado a uma realidade concreta subjacente, de modo que seria supérflua uma definição que tivesse significado somente dentro da “linguagem jurídica”. Portanto, mostra-se como melhor opção a concepção lexicográfica e estipulativa, que permite a busca do uso concreto do termo feito pela comunidade - jurídica -, bem como a utilização de processos estipulativos, que proporcionam a formulação do sentido mais consentâneo ao contexto social e aos vetores valorativos do ordenamento.

Como averiguado, existem várias acepções possíveis para “risco”, que perpassam inúmeras áreas, desde a sociologia até a economia, acepções essas que se comunicam com o direito, mas que nele adentram sempre modificadas, devido às particularidades do processo de incorporação e qualificação jurídica.

Mencionou-se, também, que a noção usual de risco abrange em seu campo semântico situações de incerteza, projetadas ao futuro, onde distintos resultados podem ocorrer, ou, ainda, a probabilidade de certos eventos se concretizarem, interferindo no curso normal esperado de um dado cenário. Ademais, foi aludido o caráter condicional do termo, fundado na distinção entre possibilidade e realidade, consignando-se que “regra geral, o conceito de risco é definido como potencial para a ocorrência de consequências negativas e inesperadas”.⁷⁶

No direito contratual e obrigacional, por seu turno, “quem contrata confia no cumprimento do acordo ajustado e projetado no futuro, (...) quando a execução não é imediata”,⁷⁷ sendo que os contratantes “além do objeto contratado, preveem seus direitos e obrigações, pagamentos, prazos, responsabilidades, vigência e outros aspectos que fazem parte da avença e se prestam à satisfação de necessidades”,⁷⁸ de modo que o contrato, assim, “tende a ser um elemento que se presta à redução da incerteza”.⁷⁹

Apesar disso,

⁷⁶ AREOSA, op. cit., p.13.

⁷⁷ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco Contratual, onerosidade excessiva e contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 15.

⁷⁸ Ibid., p.15.

⁷⁹ Ibid., p.15.

não obstante a mais acurada previsão dos riscos e acontecimentos, inúmeros são os eventos que podem influenciar ou, até mesmo, impedir a execução do contrato, por mais bem detalhado e completo que seja o instrumento. Na prática, sabe-se como um contrato se inicia, não como termina. O contrato pode sofrer inúmeras influências externas que acabam por impactar o cumprimento imaginado pelas partes no momento da contratação, como, por exemplo, alterações de ordem climática, econômica, social e política.⁸⁰

Assim, em vista das incontáveis vicissitudes que podem potencialmente interferir no cumprimento dos contratos, denominadas indistintamente de riscos, a busca pela significação do termo deve começar pela captura desses indícios, para então ser possível alguma sistematização.

O Código Civil oferece, casuisticamente, soluções quando da concretização de certos imprevistos, sem chegar a estabelecer uma definição para “risco”. Na parte geral do direito das obrigações, trata do tema no capítulo do pagamento em consignação (artigos 337 e 344). Além disso, aparece o termo de forma espalhada, como nas disposições atinentes aos contratos aleatórios (artigos 458, 459, 460 e 461) à compra e venda (artigos 492 e 494), à venda com reserva de domínio (artigo 524), à venda sobre documentos (artigo 531), ao comodato (artigo 583), ao mútuo (587) e à empreitada (611 a 613), na qual cabe ao titular do direito o risco da sua perda, isto é, o risco de perda da coisa até o momento da tradição ou entrega, devido à aplicação do princípio *res perit domino*.⁸¹ Nesses casos, “em se tratando de contratos bilaterais, o risco corre por conta do devedor da prestação. No que toca, porém, à transferência de propriedade de coisas móveis, o risco só se transfere do vendedor ao adquirente com a tradição”.⁸² Contudo, prevê o Código Civil exceções, como a as hipóteses de transferência do risco sem a tradição, em virtude de mora (artigo 492, § 2º) ou de casos fortuitos, “ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador” (§ 1º).⁸³

É observável que a palavra “risco” aparece difusamente no texto do Código Civil, entretanto, pelas características apontadas acima, dificilmente algum contrato

⁸⁰ Ibid., p.16-17. “No caso brasileiro, dominado por inflação crônica, o conhecimento de índices é indispensável tanto para garantir equilíbrios contratuais, quanto para proceder a avaliações equitativas” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, *apud* SOUZA, op. cit., p. 17).

⁸¹ Ibid., p. 27.

⁸² COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 110.

⁸³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

estaria imune a influências externas. Nos negócios que se protraem no tempo, o risco reside nos eventos supervenientes à celebração do acordo, que se sujeita, enquanto não completamente executado, a interferência de contratempos, capazes de alterar o seu contexto ou conteúdo.⁸⁴ Por essa razão,

do ponto de vista contratual, além do cumprimento da obrigação principal, as partes se preocupam com o inadimplemento e com a possibilidade de perda econômica. Assim, a incerteza quanto ao sofrimento de uma perda econômica ou de um dano financeiro está diretamente ligada, para as partes no contrato, à noção de risco. Por isso, nos contratos em que se admite a negociação entre as partes, estas procuram, sempre que possível, mitigar os riscos a que estão expostas.⁸⁵

Pode-se, então, preliminarmente, considerar que o “risco” está conectado à possibilidade de perda, devido, por exemplo, ao inadimplemento, mas também a outras circunstâncias supervenientes capazes de modificar ou impossibilitar o cumprimento do contrato, ao ponto de ADALBERTO PIMENTEL DINIZ DE SOUZA afirmar, distinguindo o conceito sob análise do de álea⁸⁶, que

o risco, por sua vez aludido pelos antigos romanos como perigo (*periculum*) ou até mesmo com o termo de dano (*damnum*) corresponde à possibilidade de perda, que, no âmbito dos contratos de execução diferida ou de duração, pode ocorrer em função do inadimplemento, entendido como descumprimento da obrigação pactuada, ou em razão de circunstâncias supervenientes à celebração do contrato, previstas ou não, que modificam ou até mesmo impossibilitam o cumprimento contratual como imaginado pelas partes contratantes.⁸⁷

Portanto, o contrato, instrumento descrito como meio de redução das incertezas, também é gerador de riscos, dado que os contratantes se sujeitam a

⁸⁴ Ibid., p. 25.

⁸⁵ Ibid., p.24-25.

⁸⁶ Depois de realizar breve exposição da parte da doutrina que diferencia a álea do risco, o autor afirma considerar “acertado emprego indiscriminado dessas expressões. Isso porque ambos os termos expressam, comumente, possibilidade de lucro ou exposição a um determinado efeito não desejado. Podem ser utilizados para designar a incerteza do lucro e o perigo de um resultado desfavorável. (...) Assim, na prática, a álea corresponde ao risco, ou seja, à coexistência, no mesmo contrato, da possibilidade da parte auferir lucro ou incorrer em prejuízo financeiro em razão da superveniência de evento ou eventos posteriores à contratação”. (SOUZA, op. cit., p. 29-30).

⁸⁷ SOUZA, op. cit., p. 26-27. “É o peso econômico da maior ou menor onerosidade ou na impossibilidade de execução do conteúdo contratual” (DI GIANDOMENICO, Giovanni; RICCIO, Domenico. **Trattato di Diritto Privato, v. XIV, I contratti speciali - I contratti aleatori**. Coordenado por Mario Bessone. Turim: G. Giappichelli, 2005, p. 63, *apud* SOUZA, op. cit., p. 27).

toda ordem de fatores, capazes de interferir na relação jurídica e impactar os termos do acordo.⁸⁸

2.4.1 A vagueza socialmente típica

Tendo em conta a semântica de “risco” exposta e as características assumidas no âmbito do direito contratual, observável é que o termo continua vago independentemente das tentativas de especialização, conectado ainda assim às ideias de incerteza, possibilidade e condicionalidade, conexo a eventos futuros, de concretização eventual, que representam em potência causa para prejuízos e danos. Essa *vagueza*, entretanto, não se origina de deficiência na construção de um conceito específico de risco dentro do direito, mas da própria “natureza” do termo, que gera consequências ao tratamento dogmático do tema.

Mudanças legislativas ocorridas ao longo do Século XX reformularam os meios de estatuição, que, agora, “fogem àquele padrão enucleado na definição, a mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação pontual e pormenorizada de suas consequências”⁸⁹. De maneira que

essas são as normas abertas, ou vagas, ou, ainda, enunciados elásticos, porosos ou dúcteis, gênero que abrange várias espécies normativas caracterizadas pela ausência, na hipótese legal, de uma pré-figuração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego em seu enunciado de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo. Dentre as normas abertas aninham-se os princípios normativos, os conceitos indeterminados, as diretivas (“normas-objetivo”) e as cláusulas gerais.⁹⁰

JUDITH MARTINS-COSTA aponta justamente a vagueza semântica como a característica marcante dessas espécies normativas, que não consiste em particularidade presente somente na linguagem jurídica,⁹¹ fato visível da análise dos vários significados que a palavra risco possui na comunicação cotidiana e nos outros ramos das humanidades. Verdadeiramente, contudo, “todas as expressões linguísticas são indeterminadas em maior ou menor medida. A vagueza, pois, não é

⁸⁸ Ibid., p. 30.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 119.

⁹⁰ Ibid., p. 119-120.

⁹¹ Ibid., p. 133.

uma qualidade que existe ou não existe, mas é principalmente uma questão de grau”.⁹²

Complementa a autora que

esta graduação decorre da circunstância de, na utilização de quaisquer termos ou expressões constantes de certo enunciado, ser possível a ocorrência dos aludidos momentos de transição (...). Estes momentos constituem o que se denomina de “casos-limites”, “zonas de penumbra”, “zona de franja” ou ainda “borderline”, os quais são constituídos por situações ou comportamentos cuja qualificação nos deixa intrinsecamente incertos, ou em relação aos quais não temos condição de dizer, por maior que seja a nossa informação, se realizam ou não o modelo prescrito no próprio enunciado. (...) Indica um específico fenômeno semântico e pragmático, qual seja, a imprecisão do significado.⁹³

Desse modo, a indeterminação não deriva de uma carência de informações, mas da impossibilidade das regras de significação resolverem todas as questões possíveis a respeito do uso da palavra.⁹⁴

Dentre os vários significados de “significado”, toca a problemática normativa principalmente a compreensão da palavra como intenção/conotação e uso, visto que a linguagem jurídica é conotativa, dado que não se refere a critério de validade/falsidade, e adquire significado pelo uso à vista de certo contexto.⁹⁵ Um termo pode ser muito preciso ou muito vago, conforme se restrinja ou se alargue o âmbito de objetos e situações nos quais caem os casos-limites⁹⁶, e, “por essa razão,

⁹² Ibid., p.133-134.

⁹³ Ibid., p. 134.

⁹⁴ LUZZATTI, Claudio. **La Vaghezza delle Norme** - Un'analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990, p. 3 *apud* MARTINS-COSTA, op. cit., p. 134. “Os membros de uma comunidade linguística restam intrinsecamente incertos se o termo se aplica ou não ou se suscita exatamente a situação configurada no enunciado” (Ibid., p. 134, tradução livre pela autora).

⁹⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 135.

⁹⁶ Ibid., p. 135. Judith Martins-Costa oferece o exemplo do termo garantia, “pois os significados (conotativos) desse termo variam de uma área de grande extensão ou densidade semântica a uma área de menor extensão. (...) No primeiro nível de extensão, o termo “garantia”, entendido como o conjunto de providências que a ordem jurídica oferece para a tutela da posição dos sujeitos de direito de uma relação jurídica, pode ser conotado ao próprio direito (Ordenamento jurídico), do que ‘garantia=direito’. (...) Já considerado um primeiro nível de restrição - por exemplo, o significado de garantia no Direito Obrigacional -, indica-se, por este termo, o patrimônio do devedor. (...) Restringindo ainda mais o âmbito de utilização do termo, pode-se indicar, pelo mesmo vocábulo, as garantias específicas ou especiais e típicas das obrigações, as garantia “contratuais” (...); e, se restringirmos ainda mais, podemos indicar as chamadas garantias atípicas, ou criadas pela prática ou “refuncionalizadas” (...). Se continuarmos a limitar o âmbito da situação, pode-se determinar, por fim, quais as espécies de garantias atípicas caracterizadas pela autonomia frente ao contrato de base, como a garantia à primeira demanda ou as *lettres de patronage*” (op. cit., 135-136).

quando se indica certo termo e se afirma ser ele vago, é conveniente indicar o contexto no qual opera e ao qual pode ser conotado”.⁹⁷

Porém, como descrito previamente, mesmo no contexto do direito contratual ou ainda que inserido dentro de um único e determinado contrato, continua o termo risco de certa forma indeterminado - vago -, já que é sobre-humano prever todos os eventos que podem vir a influenciar o desenvolvimento de um negócio. Mesmo a indicação contextual, “por vezes não é suficiente para reduzir a vagueza da linguagem. Isso ocorre com frequência na linguagem jurídica, a qual é dotada de uma ampla gama de termos valorativos”.⁹⁸

Determinadas normas (textos normativos) abrem espaço à ocorrência de situações de incerteza, indicando MARTINS-COSTA que

no âmbito da linguagem jurídica, pode-se afirmar que os casos-limites são constituídos por *fattispecies* concretas sobre a qualificação das quais poderemos restar absolutamente incertos e em relação às quais poderemos não ter condições de dizer se correspondem ou não à *fattispecie* prevista no texto normativo. Ocorre, aí, uma ‘incerteza intrínseca’, porque não são suficientes para removê-la nem uma prova plena dos fatos sobre os quais assenta a controvérsia, nem um aprofundado conhecimento do Direito, nem uma perfeita padronização da linguagem jurídica.⁹⁹

Além do mais, deve-se considerar o fato da linguagem jurídica ser permeada por uma polaridade dialética, organizada que é pela necessidade de certeza e precisão, essencial a segurança jurídica, mas também por algum grau de imprecisão - ou abertura -, instrumental a mobilidade do sistema, ante o surgimento de novas situações, que, mesmo na ausência de previsão legislativa, deverão ser reguladas pelo direito.¹⁰⁰

Elucidando sinteticamente o emprego de tais vocábulos pelo legislador, sempre referenciados a conceitos valorativos ou a tipos em constante mutação de acordo com a dinâmica social e os padrões morais, CLAUDIO LUZZATTI formulou a expressão “vagueza socialmente típica”, caracterizadora dos termos “programaticamente vagos”, distinta da simples “vagueza comum”.¹⁰¹

⁹⁷ Ibid., p.136.

⁹⁸ Ibid., 136. Complementa a autora que “aí a vagueza será intencional, ou programática, sendo utilizada na perseguição de certas finalidades. Não constitui, portanto, a vagueza um defeito da linguagem (não se confundindo com a obscuridade), antes podendo constituir, em muitos casos até mesmo uma vantagem” (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 136).

⁹⁹ Ibid., p.137.

¹⁰⁰ Ibid., p 137.

¹⁰¹ Conforme descrição de MARTINS-COSTA, op. cit., p. 138.

Algumas expressões jurídicas, mesmo sendo classificadas como vagas, podem ser aplicadas com base na experiência, sem necessidade de reenvio a vetores valorativos¹⁰². Na vagueza socialmente típica, contudo, o intérprete é reenviado a valores objetivamente assentados pela tipologia social e adstritos a parâmetros variáveis no tempo e no espaço, tendo o legislador renunciado a especificação direta dos critérios necessários à qualificação dos fatos.¹⁰³ Ou seja, a denominação se origina exatamente do reenvio do intérprete a “‘ideias-tipo’ e a ‘valores tipos largamente consensuais’, a padrões (*standards*) ou a conceitos necessariamente preenchidos nas instâncias metajurídicas”.¹⁰⁴

Chega-se, desse modo, a categoria que sintetiza o emprego do termo risco no Código Civil, cujas características explicam a “vagueza intrínseca” da expressão e as razões da sua irredutibilidade a uma única acepção. Deve também ser notado que a vagueza socialmente típica foi utilizada em outras partes do Código, junto com disposições casuísticas, como se visualiza do emprego das expressões “boa-fé, “obrigação excessivamente onerosa”, “onerosidade excessiva”, “prestação manifestamente desproporcional” e “razoabilidade”.¹⁰⁵

Sendo o risco um termo “vago”, no sentido de “vagueza” antes exposto, duvidosa seria a tentativa de definição da palavra em limites precisos, devendo-se antes averiguar concretamente os fenômenos que podem ser entendidos como os riscos de um negócio, que estarão sempre vinculados a um contexto particular e inseridos dentro da estrutura, da função e do fim de um contrato determinado. Possibilita-se, então, a compreensão das consequências advindas da concretização de riscos no curso de desenvolvimento dos vínculos obrigacionais e dos instrumentos disponibilizados pelo ordenamento para administrá-las.

Assim, o Código Civil, nos artigos 461, 492, §2º e 494, prevê hipóteses específicas relacionadas ao risco, determinando os próprios dispositivos quais soluções devem ser adotadas. Mas a autonomia privada também permite às partes a alteração do regime legal naquilo em que é dispositivo, ou a criação do regramento

¹⁰² JUDITH MARTINS-COSTA ilustra a ideia com o art. 593, I, do CC/1916, que fazia alusão a “animal bravo”, termo passível de compreensão e aplicação pelas regras da experiência. Em outros casos, mesmo o auxílio de um *expert* não retiraria o caráter do raciocínio como fundado na experiência (*Ibid.*, p. 138-139).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 139.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 139.

¹⁰⁵ Para um quadro amplo do emprego da vagueza socialmente típica no Código Civil de 2002, cf. MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 139-140.

do caso, quando os pólos da relação jurídica poderão dividir os perigos entre si e estabelecer soluções próprias através de cláusulas contratuais.

Entretanto, surgindo cenários onde tanto a lei como o contrato não dispõem de regra de decisão expressa para o problema que se apresenta, será o intérprete chamado a interpretar o negócio e construir a solução adequada, quando deverá, necessariamente, analisar todos os dados do acordo e sendo o risco um dos seus componentes, bem como a fonte direta ou indireta do litígio, a especificação do seu significado constituirá peça essencial a composição da demanda. Pois, como se verá, o direito determina, valorizando o equilíbrio e a equidade contratual, que nem todos os riscos sejam suportados pela parte a quem cabe a prestação, quando se revestem de determinadas características, em situações onde o cumprimento da obrigação ocasionaria uma “onerosidade excessiva”.

Diante da pluralidade de significações de risco, bem como a vagueza inerente do termo, a análise concreta precisará individualizar a acepção utilizada, relacionando-a com os outros elementos do negócio sob escrutínio. Desse modo, torna-se oportuna a exposição de certas categorias e classes fundamentais dos contratos, bem como o maneira pela qual o risco se integra ou se relaciona com elas, observando os deslocamentos interpretativos que possam surgir.

Em seguida, conhecendo a posição da academia sobre o ponto, será possível avançar para a efetiva interpretação do risco, dentro da totalidade do negócio, averiguando-se as ferramentas disponíveis ao intérprete para integrar o contrato e solucionar os problemas verificados, caso seja constatado a extrema onerosidade de uma das partes, originada de riscos anormais que não poderiam ser previstos ou evitados.

Permitir-se-á, assim, a conexão das considerações expostas com o tratamento dogmático do tema, de forma a evidenciar uma ligação, mesmo que analógica, entre as ciências sociais e o direito. Foi mencionado anteriormente que a perspectiva culturalista da antropologia reconheceu a inexistência de um conceito unívoco de risco, que, desse modo, só pode ser determinado socialmente, quando afirmou-se que “indivíduos diferentes podem revelar preocupações diferentes sobre os mesmos riscos”,¹⁰⁶ bem como que a latente indeterminação transforma o risco, de certa forma, em algo onipresente. Igualmente, compartilha o direito dos contratos

¹⁰⁶ AREOSA, op. cit., p.14.

as mesmas características, ante a *vagueza* do termo sob escrutínio, e, como será visto, todos os contratos de duração se sujeitam a riscos, o que transforma a eventualidade de uma interferência em algo a todo momento presente, conduzindo também as partes a ideias distintas sobre os eventos a que se sujeitam, levando-as, por exemplo, a desenhar as cláusulas contratuais de forma específica ou tomar medidas de precaução em vista desses perigos (*vide* os pontos 3.1 e 3.3).

Foi exposta, além disso, a posição do sociólogo alemão ULRICH BECK, defensor de que, na modernidade contemporânea, progressivamente, “os riscos sociais, individuais, políticos e econômicos tendem, de forma crescente, a escapar à proteção, controlo e monitorização da sociedade industrial”,¹⁰⁷ o que o levou a identificar a necessidade de renovação das soluções sociais e políticas ortodoxas geralmente adotadas. Comparativamente, também o “direito” e os juristas compreenderam que as forças sociais, políticas e econômicas atuantes na sociedade não mais permitiam a observação do pressuposto ortodoxo de que todo contrato deve ser cumprido da forma em que formulado, de modo alheio aos eventos supervenientes, quando se impôs a mudança das respostas usuais acerca da possibilidade de revisão e resolução contratual. Os mesmo eventos citados por BECK alteraram a visão tradicional do contrato, quando se constatou a completa transformação da base de sustentação dos negócios jurídicos por eventos calamitosos, sobre os quais as partes não detinham nenhuma influência, sendo que decretar, mesmo assim, a execução dos contratos constituiria uma grande violação a princípios basilares (*vide* os pontos 3.4, 3.4.1, 3.4.2 e 3.4.3).

Demonstrou-se que, para LUHMANN, o conceito de risco é distinto da noção de perigo, pois, estando ambos associados à ideia de potencial perda futura, somente no primeiro ela advém de decisões próprias. Além do mais, a complexidade, inerente à sociedade, “obriga a uma seleção forçada entre diversas opções, colocando o ser humano frente à contingência, com a possibilidade de desapontamento e a necessidade de assumirem-se riscos”,¹⁰⁸ de sorte que, nessa visão, o risco têm uma função operatória necessária à redução da complexidade, determinada pela incerteza do tempo futuro. Analogicamente, também no direito dos contratos, fundado na autonomia privada, são os riscos assumidos voluntariamente e, estando todos os contratos inseridos num contexto dinâmico e mutável - complexo

¹⁰⁷ Ibid., p.17.

¹⁰⁸ MAURICIO JR, op. cit., p. 51.

-, necessariamente devem os contratantes avocar a responsabilidade por certa classe de riscos (*vide* o ponto 3.3). Ainda, visualiza-se outro ponto de interconexão, uma vez que inclusive os contratos servem como mecanismos de redução e administração da complexidade, isto é, constituem instrumento de “segurança jurídica”, visto que estabelecem um programa a ser observado. Ao mesmo tempo, coloca-se, acerca da obra de LUHMANN, que “haverá sempre um razoável número de pessoas que serão atingidas por decisões de outras pessoas e organizações”,¹⁰⁹ afirmando-se que a posição dos impactados deveria ser protegida pelo direito. Neste ponto, também é visualizável uma ligação com os eventos que, fora do controle das partes, alteram as suas posições jurídicas e causam uma onerosidade excessiva, perante os quais demanda-se do direito uma resposta (*vide* os pontos 4.3, e 4.4).

¹⁰⁹ Ibid., p. 44.

3 OS RISCOS E O PERCURSO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE

3.1 OPERAÇÃO ECONÔMICA E CONTRATO

Sucintamente, foi explicado a abrangência da noção de “risco” e o fato de o termo continuar com ampla abertura mesmo ao ter o seu âmbito de significação restringido ao direito dos contratos, de modo a requerer, ante a um negócio concreto, contínua atividade de especificação do sentido. Igualmente, mencionou-se que o conhecimento de todos riscos a que um “negócio” está sujeito é impossível, podendo imprevistos interferir no cumprimento de um contrato sem que sequer tenham sido imaginados.

Assim sendo, estabelecido que o risco, mesmo sendo incerto, integra o contrato e pode confluir na geração consequências jurídicas, ou levar as partes, desde o início, a impor ao contrato determinada configuração, resta não mencionado que o “negócio”, travado entre as partes, instrumentalizado no contrato, também ultrapassa a forma jurídica que lhe é dada, uma vez que se constitui por forças e elementos que não podem ser reduzidos integralmente a termo, por maior que seja o esforço de pormenorização.

Dessa forma, os riscos, sempre incertos, passíveis de serem no máximo estimados, com maior ou menor grau de probabilidade, dizem respeito ao “negócio”, sendo que uma parcela incompleta do “negócio” e seus “riscos”, como conceitos abrangentes, ganha formalização jurídica. Logo, analisar a posição do risco dentro do contrato implica, primeiramente, em identificar o que constitui o substrato do próprio acordo, sabendo-se que os perigos e causalidades dizem respeito sobretudo a essa “materialidade”.

ENZO ROPPO, identificando a divisão de planos, mencionou que o contrato, como todos os conceitos do direito, não pode ser apreendido se for considerado em uma dimensão estritamente jurídica, tal qual formasse realidade autônoma, porque categorias como essa sempre refletem uma realidade exterior, fundada em situações econômico-sociais, englobantes de tramas de interesses e relações, perante as quais devem cumprir uma função instrumental.¹¹⁰ Defendeu, por isso,

¹¹⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 6. Devido a isso, “para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos

que “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de operação econômica”,¹¹¹ que é cristalizada em uma formalização legal, através de mediação operada pelo pensamento forense.¹¹²

Igualmente,

em contextos linguísticos diferentes, ao contrário, fala-se de contrato na acepção técnico-jurídica do vocábulo, e isto para aludir às implicações e às consequências legais que o sistema das normas de códigos ou de leis especiais e das regras efetivamente aplicadas pelos juízes, liga à efectivação de uma operação económica.¹¹³

Entretanto, como exposto, não obstante o direito constituir um plano analítico específico, “dotado dos seus próprios estatutos lógicos, cognoscível, portanto, segundo um seu universo próprio de conceitos e categorias”,¹¹⁴ o contrato surge como conceito jurídico vinculado e funcionalizado à operação econômica.¹¹⁵ Nessa direção, o direito dos contratos emerge como o conjunto de regras e princípios, sempre mutáveis, estabelecidos para o regramento de certas operações e dirigidos à proteção de determinados fins e interesses, considerados merecedores de tutela.

Mas, ao mesmo tempo que o contrato, como conceito jurídico, não é redutível exclusivamente à operação econômica, em face da relativa autonomia que adquire no plano conceitual, também ela não se exaure nas fórmulas contratuais,

pois o contrato é em geral um instrumento legal, mas não o único instrumento legal da circulação de riqueza”,¹¹⁶ “donde resulta a possibilidade de um defasamento (...), ou, mais precisamente, a constatação de que a correspondência entre os dois termos não é biunívoca.”¹¹⁷

ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade económico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica” (Ibid., p. 7-8).

¹¹¹ Ibid., p. 8.

¹¹² Ibid., p. 8. Tanto é assim, que Roppo aponta que o termo contrato também possui acepções usuais, “de molde a atribuir à palavra “contrato” um significado que prescinde de qualquer qualificação jurídica pontual, colocado-se, ao invés, no plano da fenomenologia económico-social - como sinônimo, justamente, de operação económica” (Ibid., p. 8).

¹¹³ Ibid., p. 8.

¹¹⁴ Ibid., p. 9.

¹¹⁵ ROPPO define operação econômica em termos objetivos, independentemente dos motivos ou interesses individuais que podem motivar a celebração de um contrato, estabelecendo como critério a circulação de riqueza, atual ou potencial, de modo a abranger “todas as utilidades susceptíveis de avaliação económica, ainda que não sejam ‘coisas’ em sentido próprio” (Ibid., p. 13).

¹¹⁶ Ibid., p. 18.

¹¹⁷ Ibid., p. 19.

Constata-se, logo, as razões da afirmação inicial de que o “negócio”, entendido como operação econômica, é mais amplo que a sua formalização jurídica, instrumentalizada no contrato, do que se deduz, ainda, que os riscos são precipuamente da operação econômica,¹¹⁸ podendo, a seu turno, receber tratamento especificado nas cláusulas contratuais, mas não necessariamente ou não em sua totalidade, pois, dependendo das intenções das partes, pode ocorrer uma verdadeira “fuga do contrato”, “até mesmo quando o negócio implica exposição a riscos não menosprezáveis”.¹¹⁹

Desse modo, a interpretação do risco contratual, dentro de um caso específico que demanda soluções, pressupõe o reconhecimento da operação econômica e dos processos pelos quais o contrato, como conceito jurídico, cristaliza essa operação em termos legais, fundando um novo plano de análise, com autonomia didática, mas que é obrigatoriamente funcionalizado pelo “negócio” concreto.

3.2 O RISCO ENTRE AS DIVERSAS CLASSES CONTRATUAIS

Reconhecer que todo contrato está ligado a uma operação econômica, entretanto, não significa afirmar que todos os contratos sejam iguais. Tanto é assim, que a doutrina faz uso de divisões, visando “a arrumação exaustiva da realidade em classes, de acordo com o critério de classificação que for utilizado”,¹²⁰ por meio das quais foram instituídos diversos agrupamentos de negócios jurídicos, cuja utilidade reside em tornar mais facilmente discerníveis as diferentes características e tipos de contratos, “dando um contributo importante para a construção do sistema científico”.¹²¹

¹¹⁸ Conforme se verá nos pontos 2.2.3 e 3.3, os riscos do contrato podem ser divididos em jurídicos e econômicos. “Nos termos do art. 478 do Código Civil, para a resolução do contrato por onerosidade excessiva, há que se configurar o ônus excessivo de uma das partes, estranho à sua vontade. Desse modo, parece-nos claro que a medida desse ônus, no âmbito do contrato, pode ser aferida do ponto de vista econômico” (SOUZA, op. cit., p. 73).

¹¹⁹ ROPPO, op. cit., p. 20. “(...) e, neste sentido, recusam formalizar este último numa veste contratual completa, e, sobretudo, activar o complexo mecanismo sancionatório constituído pelas regras jurídicas que deveriam institucionalmente governar todo o desenvolvimento da relação, e, em particular, intervir na hipótese da sua não actuação” (Ibid., p. 20).

¹²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**, 3ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 275

¹²¹ Ibid., p. 276-277.

Aponta PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, além de tudo, que as classificações não são feitas apenas por doutrinadores, objetivando estritamente à estruturação de uma teoria científica, mas

também o sistema legal, designadamente no Código Civil, utiliza as classificações tradicionais dos negócios jurídicos para lhes determinar o regime legal, [e] para estatuir regimes jurídicos a propósito de classes de negócios jurídicos, como modo de estatuir sobre todos os negócios jurídicos de uma ou de outra classe.

A classificação importa ao tema monográfico devido ao “risco” se inserir de forma distinta na estrutura e função dos contratos, conforme a classe considerada, o que leva, inclusive, à aplicação de métodos hermenêuticos distintos, mesmo que todas as espécies pressuponham, ao final, como base, uma operação econômica.

Dentre as tantas classes contratuais propostas academicamente,¹²² em vista do desiderato perseguido, é aconselhável o estudo daquelas que permitem maiores interconexões com a problemática do “risco”, atentando-se, principalmente, para os deslocamentos acarretados na atividade interpretativa.

3.2.1 Contratos sinalagmáticos

Referindo-se às diferenciações de classe, ENZO ROPPO, indicou que também a doação deve ser entendida como um contrato, pois através dela realiza-se uma operação econômica, com transferência de direitos e assunção de obrigações, que acaba por fazer, ao fim e ao cabo, circular a riqueza.¹²³ Porém, observa-se nesse negócio características diversas daquelas presentes, por exemplo, em um contrato de compra e venda, uma vez que a doação se opera sem correspectivo, “por espírito de liberalidade”¹²⁴. Assim, indicou o mencionado autor que, conquanto o conceito de operação econômica não possa ser reduzido ao de ‘troca’, pois

¹²² Por exemplo, as distinções entre negócios unilaterais e plurilaterais, “inter vivos” e “mortis causa”, consensuais e formais, pessoais e patrimoniais, negócios obrigacionais, reais, familiares e sucessórios, de administração e de disposição, causais e abstratos, além da diferenciação em negócios sinalagmáticos, gratuitos e onerosos, bem como comutativos, aleatórios e parciários, que serão trabalhados em seguida (cf. VASCONCELOS, op. cit., p. 275-292).

¹²³ ROPPO, op. cit., 14.

¹²⁴ Ibid., p. 14.

no âmbito dos ordenamentos capitalistas, onde as relações entre os homens assumem, em larga medida, o aspecto de relações de mercado: nestes, por necessidade intrínseca do sistema económico, prevalecem largamente a lógica e a exigência da corresponsabilidade, da ‘troca de equivalentes’.¹²⁵

Nos contratos sinalagmáticos, dessa forma, “aquilo que uma parte dá ou promete à outra parte encontra a sua contrapartida imediata e definitiva naquilo que a outra parte lhe dá ou lhe promete a si, esgotando assim a sua função na troca recíproca de bens e serviços”.¹²⁶ O critério distintivo gira em torno da existência “no conteúdo do negócio de um especial vínculo entre as prestações e as contraprestações das partes, entre as atribuições patrimoniais implicadas pelo negócio, vínculo este designado *sinalagma*”.¹²⁷

Na busca dos motivos pelos quais certas fontes são reconhecidas como originadoras de obrigações, LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA recupera a noção de “causa” como razão da juridicidade de determinados atos, que pode transcender o momento do nascimento e, com a sua manutenção, justificar a permanência da obrigação e o surgimento dos efeitos correlatos, por ser “causa de atribuição patrimonial”, denominada justamente de “causa sinalagmática”.¹²⁸ Nesse prisma, a obrigação surge em face do deslocamento patrimonial, como “corresponsivo” de um fazer, ou não fazer, ou de um dar, que engaja o outro partícipe do ato.¹²⁹

Defende o autor que a figura se faz presente também nos contratos, “mas que foi perdendo força, ao longo dos séculos, em virtude da dominação produzida pelo consensualismo”, mormente com o panorama ideológico resultante da Revolução Francesa e dos subsequentes movimentos liberais oitocentistas.

Apesar do *status* adquirido pela autonomia da vontade, citando GINO GORLA, transcreve FERREIRA DA SILVA que

se siente a veces la necesidad de encontrar una razón que justifique la obligación, es decir que justifique la condena del promitente, independientemente del simple hecho de la promesa. Y se encuentra esta razón en el sacrificio que el destinatario de la promesa ha tenido que hacer

¹²⁵ Ibid., p. 15.

¹²⁶ Ibid., p. 83.

¹²⁷ VASCONCELOS, op. cit., p. 283.

¹²⁸ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Reciprocidade e Contrato: A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 21-22.

¹²⁹ Ibid., p. 22.

para obtener-la o en el hecho de que haya tenido que dar o hacer algo a cambio.¹³⁰

Esse “sacrifício” seria a secular “causa”, e apesar da tentativa de elevar a vontade como elemento suficiente a criação de situações revestidas de obrigatoriedade, indica-se que “mesmo códigos altamente comprometidos com o dogma da vontade (tomando-se como paradigma o código napoleônico) acabam por inserir, no contexto estrutural do contrato, um elemento a mais em relação ao simples consentimento”.¹³¹

Mesmo que a causa sinalagmática não seja considerada a fonte da obrigatoriedade do vínculos nas relações contratuais, FERREIRA DA SILVA sustenta que nos contratos bilaterais a vinculação se mantém em virtude do deslocamento patrimonial, da “troca efetivamente ambicionada”.¹³² Logo, apoiando-se nessa posição, reconhecer uma relação como sinalagmática leva a compreensão da recíproca troca de interesses, que, pelo deslocamento patrimonial, “importa criar uma obrigatoriedade de prestação do corresponsivo, a fim de que se faça presente a justiça comutativa, no sentido aristotélico do termo”.¹³³

A principal consequência do raciocínio é a oportunização de medidas corretivas quando ocorrer desequilíbrio entre as prestações, justificando o aludido escritor que “pode [a causa sinalagmática] funcionar como diagnóstico do caráter de reciprocidade que está presente nos contratos desta espécie”, passando a funcionar como causa de manutenção da obrigação.¹³⁴

À vista dos problemas concretos que a concretização de um risco pode gerar em um contrato, a apreensão do conceito de causa sinalagmática também se mostra

¹³⁰ GORLA, Gino. **El contrato**. Barcelona: Bosch - Casa Editorial, 1959, v. 1, p. 21, *apud* FERREIRA DA SILVA, op. cit., p. 119.

¹³¹ FERREIRA DA SILVA, op. cit., p. 120. “A estrutura sinalagmática, ao menos no plano da eficácia, também serve para solucionar questões contratuais” (Ibid., p. 136). “Igualmente, o exame será feito em situações contratuais visto que, havendo nos contratos onerosos uma relação sinalagmática, ainda que não operando como fonte de obrigações, permite que se desenvolva outra função da causa. Já na introdução mencionou-se que um dos sentidos da palavra ‘causa’ traduzia a função de manutenção da obrigatoriedade assumida no plano da eficácia. Isto importa em ver-se que, muitas vezes, o desaparecimento da causa, ao longo da vida contratual, pode ensejar consequências para a relação” (Ibid., p. 137).

¹³² Ibid., p. 151.

¹³³ Ibid., p. 135. “A compra e venda é o contrato sinalagmático, ou bilateral perfeito, porque o comprador e o vendedor se obrigam reciprocamente um para com o outro, de forma tal que ambas as obrigações são essenciais e igualmente relevantes para o negócio jurídico” (AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compra e venda, troca ou permuta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 21).

¹³⁴ FERREIRA DA SILVA, op. cit., p. 151.

essencial, como instrumento útil para a fixação de soluções, que supre a ausência ou ultrapassa a previsão estrita das cláusulas contratuais, pois, “a presença ou a manutenção da relação de reciprocidade, nesses casos, funciona como continuidade da relação que nasceu da declaração de vontade, mas que cede, a certa altura, em favor do deslocamento patrimonial”.¹³⁵

Assim sendo, distingue-se o sinalagma em genético e funcional, operando o primeiro no momento de constituição do contrato e da sua eficácia, “em que cada uma das atribuições patrimoniais é fundamento e razão de ser da outra e nenhuma delas pode subsistir sem a outra”.¹³⁶ O sinalagma funcional, por seu turno, “veicula as atribuições patrimoniais contrapostas, em contratos de execução duradoura ou continuada”, ditando a necessidade de manutenção “da correspectividade das atribuições patrimoniais das partes durante a duração e o desenvolvimento da relação contratual, sem permitir que se desequilibrem”.¹³⁷

3.2.2 Contratos onerosos e gratuitos

A literatura especializada distingue também os contratos onerosos dos gratuitos, sendo os últimos caracterizados por uma das partes auferir vantagem sem ter de suportar sacrifício patrimonial relevante (como no contrato de doação, continuando o exemplo dado acima), ao passo que “são onerosos aqueles em que, para cada parte, à vantagem obtida corresponde um sacrifício económico para conseguí-la”¹³⁸ (como, exemplificativamente, no contrato de compra e venda).

Registra VASCONCELOS que “o critério de classificação é, neste caso, a existência, ou não, no conteúdo do negócio, de um sistema de contrapartidas”.¹³⁹ Nessa configuração, a contrapartida surge como o correspectivo da outra prestação, estipulada como contravalor, de modo que surja um equilíbrio, mesmo que tendencial.¹⁴⁰ Os contratos gratuitos, por consequência, caracterizam-se como

¹³⁵ Ibid., p. 159.

¹³⁶ VASCONCELOS, op. cit., p. 284-285. “O sinalagma é genético no sentido de que a correspectividade das atribuições patrimoniais cruzadas é constitutiva do próprio contrato, sem ambas as prestações correspectivas é o próprio contrato que não está perfeito” (VASCONCELOS, op. cit., p. 285).

¹³⁷ Ibid., p. 285. “Nos contratos sinalagmáticos, as atribuições patrimoniais correspectivas e recíprocas são concausais umas das outras” (Ibid., p. 285).

¹³⁸ ROPPO, op. cit., p. 83.

¹³⁹ VASCONCELOS, op. cit., p. 285.

¹⁴⁰ Ibid., p. 285.

“aqueles em que à prestação principal não corresponde uma contrapartida, em cujo conteúdo se estipula uma atribuição patrimonial unilateral”.¹⁴¹

Como será exposto posteriormente, a discriminação entre onerosidade e gratuidade ocasiona diferenças no raciocínio interpretativo do operador, em face da diferença estrutural das prestações e da causa de deslocamento patrimonial.¹⁴²

3.2.3 Contratos comutativos e aleatórios

Além do mais, divide-se, ainda, os contratos onerosos em comutativos e aleatórios. Segundo parte dos estudos acadêmicos sobre o tema, a distinção concreta entre um e outro é complexa, sobretudo em épocas de crise,¹⁴³ não obstante, afirma-se que os contratos comutativos possuem presunção de equivalência entre as prestações das partes, inexistindo incerteza sobre a medida do pagamento e da respectiva contraprestação.¹⁴⁴ Ao lado desses, colocam-se os contratos aleatórios, no qual haveria “incerteza quanto à apropriação de lucro ou assunção de prejuízo”.¹⁴⁵

Em outro aspecto, defende-se, igualmente, que “o critério desta classificação assenta no modo de ser da contrapartida que é própria da onerosidade”. Assim, nos contratos comutativos, “a onerosidade é, em princípio, perfeita”. Já nos negócios aleatórios, encontra-se como característica essencial “uma álea, isto é, um risco que dá ao negócio o seu sentido jurídico e que influencia o seu regime e a concretização da sua disciplina”.¹⁴⁶

ADALBERTO DE SOUZA recorre, para distinguir as classes, a explicação de ENZO ROPPO acerca da diferença entre as áleas jurídica e econômica.¹⁴⁷ Relativamente à primeira, defende que a incerteza se torna a característica do negócio, transmutando-se na própria causa do contrato aleatório, que se soma aos outros riscos jurídicos relativos ao acordo, como o inadimplemento, a medida que “a

¹⁴¹ Ibid., p. 285-286.

¹⁴² A respeito da matéria, *vide* o ponto 3.1, sobre a interpretação e integração dos negócios jurídicos.

¹⁴³ “De fato, sobretudo quando as prestações estão sujeitas a variações, como no caso de venda futura de bens, pode haver dúvida na classificação do contrato. Parece-nos, pois, que a identificação da álea atrelada à causa do contrato é o elemento balizador para a qualificação do contrato como aleatório”. (SOUZA, op cit., p. 67, nota de rodapé nº 124).

¹⁴⁴ Ibid., p. 68.

¹⁴⁵ Ibid., p. 66.

¹⁴⁶ VASCONCELOS, op. cit., p. 287.

¹⁴⁷ SOUZA, op cit., p. 62.

álea econômica, que toca a todos os contratos de execução diferida ou de duração, indistintamente, refere-se à habitual variação de valores das operações financeiras”,¹⁴⁸ conectando-se, outrossim, à ideia de risco como eventos que podem interferir na obrigação, causando perdas, modificando o conteúdo ou até impossibilitando o cumprimento, sejam esses eventos previstos ou não previstos.

Afirma SOUZA que “é aleatório o contrato cuja causa é a álea ou o risco, e, no momento da celebração não é possível mensurar a vantagem ou a desvantagem de ao menos um dos contratantes, a depender de evento incerto”.¹⁴⁹ Em outros termos, aleatórios seriam aqueles contratos em que é impossível avaliar a relação de reciprocidade entorno da vantagem patrimonial, que, de um evento incerto, pode derivar a um ou a outro dos contratantes.¹⁵⁰

Da mesma maneira que as outras, a distinção gera consequências na definição do regime jurídico e nos processos de interpretação a serem empregados. Sendo o elemento identificador do contrato aleatório a álea “jurídica” - na terminologia de ROPPO, que a contrapõe à denominada álea “econômica” -, surge como distintivo dos contratos comutativos a equivalência e determinação das prestações.

No que toca ao cerne da tese, como se verifica nos contratos comutativos uma correspondência entre os valores das atribuições patrimoniais de cada prestação, o aplicador do direito deve se guiar pela manutenção do equilíbrio contratual. Em razão dos aleatórios se conceberem como “negócios de risco”, não poderão as partes, “ao invés do que sucede nos contratos comutativos, reagir contra o desequilíbrio patrimonial do contrato porque o risco desse desequilíbrio é voluntária e conscientemente assumido, como próprio do contrato”.¹⁵¹

3.3 A ASSUNÇÃO DE RISCOS NO CONTRATO

Devido a maioria dos contratos se sujeitar a riscos, quando é admitido negociação,¹⁵² as partes buscam mitigá-los, encontrando mecanismos de gestão e

¹⁴⁸ Ibid., p. 62.

¹⁴⁹ Ibid., p. 50.

¹⁵⁰ Ibid., p. 49, nota de rodapé nº 73.

¹⁵¹ VASCONCELOS, op. cit., p. 287.

¹⁵² “Em princípio, as partes são livres para contratar, escolhendo com quem desejam celebrar contrato e regulamentando o conteúdo contratual (...) As partes, de comum acordo, determinam deveres e obrigações que assumirão, produzindo modificações em seus patrimônios. No entanto, isto

distribuição dos perigos aos quais estão expostas.¹⁵³ Por isso, gozando os contratantes de paridade econômica e semelhantes características culturais, sociais ou empresariais, e cientificados das ameaças que uma operação econômica possui, geralmente, compartilhar-se-á os riscos ou, ao menos, serão eles precificados nas prestações.¹⁵⁴

Nessas hipóteses, concretizando-se os riscos, os contratantes deverão, sem embargo, cumprir o acordo, arcando com os custos na forma constante do instrumento, assumindo, deste modo, os prejuízos decorrentes da frustração. Entretanto, ainda que os riscos não tenham sido previstos pelas partes, não poderá se concluir desde o início pela resolução do contrato, visto que toda operação possuir certo grau de risco e, igualmente, porque, conforme os valores basilares do direito privado, todos os contratos nascem para serem cumpridos.

Todavia, ENZO ROPPO afirmou que os efeitos do contrato representam a formalização e a sanção legal, o caráter juridicamente vinculante das transferências de riqueza que substanciam a operação econômica buscada pelos contratantes, propondo que “o contrato funciona - isto é, realiza adequadamente tal operação - só enquanto a medida e a qualidade dos efeitos produzidos correspondam às expectativas e aos projetos da autonomia privada”.¹⁵⁵ Devido a isso, indagou se “o contraente prejudicado pelas circunstâncias que perturbam o regular desenvolvimento da operação e que perturbam a sua economia (...) deve, ainda assim, cumprir os seus compromissos contratuais, ou se pode considerar-se desvinculado”, tratando-se, portanto, de decidir sobre quem deve arcar com “o risco das circunstâncias que alteram o equilíbrio econômico da operação contratual”.¹⁵⁶

A respeito do tópico, o autor italiano defendeu que no controle de funcionalidade dos contratos, em uma economia capitalista, o direito se circunscreve a fornecer o quadro normativo necessário ao funcionamento do mercado, garantindo “a exatidão dos modos pelos quais se chega à conclusão ou à execução do contrato,

só ocorre quando não há situação de vulnerabilidade de uma parte em relação a outra, pois, em contrário, a legislação irá conferir proteção ao patrimônio da parte mais fraca” (NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito civil pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, 2010, p. 92).

¹⁵³ SOUZA, op. cit., p. 25.

¹⁵⁴ Ibid., p. 25.

¹⁵⁵ ROPPO, op. cit., p. 219-220.

¹⁵⁶ Ibid., p. 221.

e não tanto a intrínseca justiça do seu conteúdo”.¹⁵⁷ Logo, o “jogo contratual”, na sua visão, estrutura-se a partir da autonomia privada, cabendo às partes o estabelecimento do equilíbrio económico de cada negócio, que, ordinariamente, não são avaliados em seu mérito,¹⁵⁸ sendo que o risco ínsito às operações económicas, nas situações gerais, deve ser suportado, desde que

o procedimento, através do qual os contraentes chegam à determinação desse equilíbrio económico, à fixação daquelas razões de troca, se faça no respeito de certas regras que, assegurando a sua formal exatidão, garantam os seus resultados, ao menos uma presunção de justiça e racionalidade económica.¹⁵⁹

Porém, no aprofundamento desse último ponto - e não obstante a centralidade do princípio do *pacta sunt servanda* e o reconhecimento de que todos os contratos estão sujeitos a riscos -, observa-se que certas perturbações à economia do contrato resultantes de eventos supervenientes ultrapassam determinados padrões e oneram sobremaneira uma das partes, ao limite de se questionar, com base em critérios de justiça material,¹⁶⁰ “o modo como se considera justo e oportuno repartir entre os contraentes o risco das circunstâncias supervenientes”.¹⁶¹ Pois, “se é inconteste que o risco equivale a uma possibilidade perene nos contratos, o direito, a par dessa constatação, privilegia a igualdade, o equilíbrio entre as partes, em detrimento do enriquecimento sem causa”.¹⁶²

3.4 DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

Apesar da importância do princípio do *pacta sunt servanda*, consagração secular da necessidade das obrigações assumidas serem cumpridas, ao longo da história, tornou-se progressivamente insustentável a defesa incondicional do

¹⁵⁷ Ibid., p. 224.

¹⁵⁸ Ibid., p. 247.

¹⁵⁹ Ibid., p. 248.

¹⁶⁰ “Os contratos, típicos ou atípicos, são módulos de regulação que contêm em si, imanente, um projecto próprio de justiça. Como principais actos de criação autónoma de direito privado e como regulações privadas autónomas vigentes no direito, os contratos não são indiferentes nem alheios à exigência de justiça (*Vertragsgerechtigkeit*)” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 417).

¹⁶¹ ROPPO, op. cit., p. 253.

¹⁶² SOUZA, op. cit., p. 72.

cumprimento dos contratos indistintamente da consideração do contexto em que são formulados. Em virtude de situações extraordinárias e imprevisíveis, a observação exata do conteúdo regulamentar poderia atentar contra valores estruturantes do próprio direito contratual, tais como a equidade e a justiça comutativa.

Assim, vagarosamente, a experiência jurídica criou soluções para casos excepcionais, que, intensificados cada vez mais com o aprofundamento de mudanças econômicas, sociais e políticas, viabilizaram a cristalização de institutos e o surgimento de teorias sobre como deveriam ser compostos os casos afetados pela alteração substancial das circunstâncias ou pela materialização de riscos incomuns.

3.4.1 A cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão

CÉSAR FIUZA sustenta que já no direito romano era verificável “a necessidade de adequar a execução do contrato às circunstâncias do momento”, porém, aponta que a teoria em torno da cláusula *rebus sic stantibus* foi, sobretudo, uma construção medieval, que recebeu, por isso, influências da moral cristã vigente.¹⁶³ Dessa forma, surgida originalmente do pensamento religioso, a concepção foi transportada para a aplicação jurídica, vertendo um conteúdo genérico justificador da alteração ou extinção dos pactos em virtude da alteração do contexto, muito embora, devido a amplitude e genericidade do instituto, não se tenha fixado as hipóteses e os requisitos necessários para a revisão.¹⁶⁴

A modernidade jurídica recuperou a importância do antigo princípio romano do *pacta sunt servanda*, o que levou o Código Civil Francês de 1804 a repudiar o revisionismo contratual, já amoldando-se aos princípios liberais.¹⁶⁵ Contudo, as guerras mundiais e os cataclismos econômicos da primeira metade do Século XX motivaram a teoria e a prática jurídica “a relativizar os rigores da regra da

¹⁶³ FIUZA, César. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios. **Revista de Informação Legislativa**, 1999; n° 144, a. 36. p. 6-7. “Os canonistas se opunham à prática da usura, tida como pecado. Daí, por certo, utilizaram da cláusula *rebus sic stantibus*, que estaria implícita nos contratos, para tentar justificar a possibilidade de extinção ou adequação do contrato em razão da ocorrência de fato que, no curso deste, onerasse por demais o devedor” (SOUZA, op. cit., p. 126).

¹⁶⁴ SOUZA, op. cit., p. 128.

¹⁶⁵ FIUZA, op. cit., p.7. Apesar de certas legislações terem mantido a cláusula em seu texto: “O Código Civil Austríaco, de 1811, mantém-se fiel à tradição germânica do século anterior, preconizando a cláusula *rebus sic stantibus*, apesar do reinante pensamento liberal” (Ibid., p. 7).

imutabilidade dos contratos”, quando “a milenar cláusula *rebus sic stantibus* ressurgiu sob a forma da teoria da imprevisão”.¹⁶⁶

Durante a Primeira Guerra Mundial, o acentuamento das necessidades alterou a conjuntura econômica, de modo que “o cumprimento dos contratos passou a ser, em muitos casos, lúgubre marcha para a ruína econômica, e, em outros, ao menos um sacrifício chocante, e, sem dúvida, injusto”.¹⁶⁷ Reapareceu, neste cenário histórico, assim, a discussão sobre o desequilíbrio contratual devido a eventos supervenientes, quando, em França, no âmbito do direito administrativo, despontou a possibilidade de readequação de contratos de prestação de serviços essenciais por conta das alterações impostas pelo conflito bélico.¹⁶⁸

Nesses eventos, perante situações excepcionais, o conteúdo do negócio poderia ser modificado, constatado o “caráter imprevisível do acontecimento que modifica a situação” e a “execução onerosa do contrato, geralmente em razão da modificação dos preços”.¹⁶⁹

3.4.2 A base do negócio jurídico

Mesmo com a elevação da autonomia da vontade à ideia centralizante do direito contratual, certos códigos não desprezaram a necessidade de equilíbrio entre as prestações, prevendo restrições à autonomia privada e hipóteses de invalidade quando da constatação de significativa desproporção entre a prestação e a contraprestação,¹⁷⁰ bem como “houve juristas que aperceberam que a estrutura

¹⁶⁶ FERREIRA, Antônio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Civil Contemporâneo** (Coord. Otávio L. Rodrigues Jr., José A. Peres Gediel, Rodrigo Xavier Leonardo, Rafael Peteffi, Ignácio Maria P. Velasco e Dário Moura Vicente), v. 1, a. 1, p. 27-40. São Paulo: RT, out-dez, 2014 [versão on-line]. p. 2.

¹⁶⁷ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949. t. II, *apud* SOUZA, op. cit., p. 102.

¹⁶⁸ SOUZA, op cit., p. 103. “A Teoria da Imprevisão, ou imprevisión, como é denominada na França, teve seu marco inicial no conhecido caso, ocorrido em 1916, da Companhia do Gás de Bordeaux, que deveria fornecer gás e eletricidade à cidade de Bordeaux, por um contrato de trinta anos, a partir de 1904. Em 1914, diante da alta do carvão, em meio à Primeira Guerra Mundial, foram alterados os preços que integravam a álea do contrato. Desse modo, o Conselho de Estado Francês determinou a revisão dos preços, em razão da situação superveniente, impondo ao município o pagamento da indenização devida. Conforme a lição de Ripert, essa decisão fez jurisprudência, no âmbito do Direito Administrativo, principalmente porque atendia ao interesse público” (ibid., p. 130).

¹⁶⁹ Ibid., p. 131.

¹⁷⁰ CLÓVIS DO COUTO E SILVA exemplificou com o § 934 do Código Civil austríaco, que continha disposição a esse respeito, ao prever a invalidade do contrato nas hipóteses de desproporção significativa entre a prestação e a contraprestação (COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do

contratual pressupõe, para o exercício normal da sua função de troca, uma relação estreita com a realidade econômica subjacente”.¹⁷¹ Entretanto, a primacialidade do *pacta sunt servanda* e a ênfase dada à vontade na teoria dos negócios jurídicos ocasionaram, em grande medida, a não adoção de medidas de balanceamento do vínculo, como as conexas à cláusula *rebus sic stantibus*.¹⁷²

Mas, não obstante a formalização jurídica, todas as relações contratuais encapsulam concretas operações econômicas, que, como integrantes do universo social, pressupõe determinado quadro de condições exteriores, as quais fundamentam o cálculo das partes sobre os direitos e obrigações assumidos e constituem, assim, uma verdadeira “economia do contrato”, sendo que, frequentemente, a própria determinação do efetivo conteúdo contratual só pode ser feita à luz dessas circunstâncias. Logo, a apreensão do que integra um negócio não pode ser feita em tese ou somente com o “instrumento contratual”, que resta sem sentido deslocado do seu “contexto”.

Na tentativa de ampliar os dados que devem ser considerados na análise da possibilidade de revisão dos contratos, posteriormente ao uso da Teoria da Imprevisão como mecanismo de solução de problemas, surgiu a Teoria da Base do Negócio Jurídico, proposta por Paul Oertmann. Defendeu-se que sob os negócios jurídicos há um “base” correspondente às circunstâncias contratuais, que, reportando-se ao contrato como um todo, representa algo de comum para ambas as partes.¹⁷³

Recebendo a teoria críticas em virtude do seu subjetivismo, seguiu-se um caminho de objetivação da compreensão do negócio jurídico, já iniciado com o uso da Cláusula Geral da Boa-Fé, que, posteriormente, repercutiu no surgimento do conceito de “base objetiva do contrato”.¹⁷⁴

Na forma em que elaborada por KARL LARENZ, a “base do negócio jurídico” pode ser entendida em um duplo sentido, primeiramente, em um aspecto subjetivo, como a representação mental de uma ou ambas as partes, existente na conclusão do acordo e que tenha influenciado grandemente a formação dos motivos. Em

negócio jurídico no Direito brasileiro. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 89).

¹⁷¹ Ibid., p. 89.

¹⁷² Ibid., p. 90.

¹⁷³ SOUZA, op. cit., p. 133.

¹⁷⁴ Conferir COUTO E SILVA..., FRADERA, op. cit. p. 92-93.

segundo lugar, apontou o autor alemão a existência de uma base “objetiva” do contrato, enquanto “complexo de sentido inteligível”, isto é, o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência o contrato pressupõe, sem as quais não lograria alcançar o seu fim e o propósito das partes contratantes.¹⁷⁵

O aspecto subjetivo traduz a representação comum dos contratantes, a respeito das circunstâncias existentes ou esperadas, que guiam a formulação do acordo,¹⁷⁶ enquanto

‘a base objetiva do negócio jurídico’ decorre de uma ‘tensão’ ou ‘polaridade’ entre os aspectos voluntaristas do contrato - aspecto subjetivo - e o seu meio econômico - aspecto institucional - o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente.¹⁷⁷

Como frisa MARTINS-COSTA, o contrato nasce, sobretudo, de uma “atividade comunicativa finalisticamente orientada”, capaz de assumir diversas formas, mas que sempre possuirá como escopo a geração de um “contrato juridicamente relevante”. Uma vez que esta comunicação pretende a busca de certos efeitos, socialmente reconhecíveis, para a sua produção, deve ser manifestada, “concomitantemente ao propósito de concluir contrato, a convergência dos sujeitos quanto a esse propósito”¹⁷⁸.

Portanto, nessa perspectiva, a base objetiva remete ao conjunto de circunstâncias e ao estado de coisas que o contrato pressupõe para a sua própria subsistência, que se relaciona ao fim e objetivo do acordo de vontades.¹⁷⁹ A formação e a execução do negócio opera sempre em um enquadramento significativo e dinâmico, sendo que “elementos de variada ordem atuam poderosamente na conformação do contexto de conformação e de compreensibilidade do acordo contratual, incidindo em seu próprio conteúdo”.¹⁸⁰

¹⁷⁵ LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Albolote (Granada): Comares, 2002, p. 34 e 37, *apud* SILVESTRE, Gilberto Fachetti, OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. A manutenção da base objetiva do contrato na onerosidade excessiva no Brasil. **RJLB**, Ano 1, 2015, nº 2. P. 779-780.

¹⁷⁶ SILVESTRE, Gilberto Fachetti, OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. A manutenção da base objetiva do contrato na onerosidade excessiva no Brasil. **RJLB**, Ano 1, 2015, nº 2. p. 779.

¹⁷⁷ COUTO E SILVA..., FRADERA, op. cit. p. 93-94.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e Evolução. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2011. p. 42-43.

¹⁷⁹ SILVESTRE..., OLIVEIRA, op. cit., p. 780.

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, **Contratos**,... op. cit., p. 43-44.

Ainda que imerso em uma conjuntura variável, o contrato se assenta sobre a permanência de condições contextuais, indispensáveis à realização do seu objeto.

3.4.3 A economia do contrato e o surgimento do regime legal da onerosidade excessiva

Como os contratantes, em cada negócio, avaliam a medida entre as prestações devidas e os interesses que desejam ver satisfeitos, visando o estabelecimento de um equilíbrio entre a dívida contraída e o benefício pretendido, tem-se que o contrato surge de um cálculo, da aferição das partes da extensão do encargo financeiro assumido.¹⁸¹ Ordinariamente, como toda operação de execução diferida ou duradoura se submete a contratempos, também os riscos, no critério do possível, são considerados, autorizando a assertiva de que todo contrato possui em si, igualmente, um “sistema de riscos”, essencial à sua natureza e sem o qual não pode cumprir a função a que se destina.¹⁸²

Assim, torna-se usual a avaliação, pelas partes, dos eventuais problemas que podem acometer o contrato na fase de cumprimento, chamados genericamente de “riscos”, referentes a potencialidades de perda.¹⁸³ Desse modo, “assumir riscos pressupõe avaliar a possibilidade da ocorrência de sacrifícios, problemas e perdas em virtude de circunstâncias supervenientes”.¹⁸⁴

Além de tudo, ainda que sobrevenham situações modificadoras do contexto do contrato, que resultem na oneração das prestações devidas, continua sendo um risco do devedor a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação, uma vez que o princípio do *pacta sunt servanda* continua a dirigir o sistema contratual, afastando-se somente em situações excepcionais, pois “o ato de contratar é exatamente o ato de assumir riscos, desde que inerentes ao negócio próprio e não riscos extraordinários”.¹⁸⁵

Logo, os riscos integram a economia contratual, e mesmo que de modo incompleto, são considerados pelas partes na feitura do acordo, resultando, por

¹⁸¹ SOUZA, op. cit., p.156.

¹⁸² COUTO E SILVA..., FRADERA, op. cit. p. 96.

¹⁸³ SOUZA, op. cit., p. 71.

¹⁸⁴ Ibid., p. 71.

¹⁸⁵ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil de 2002.** Questões Controvertidas e Críticas. 2008. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo. p. 110, *apud* SOUZA, op. cit., p. 72.

exemplo, no incremento do preço de alguma prestação, devido aos perigos próprios da operação, na constituição de garantias adicionais, na contratação de seguros, assim como na inserção de cláusulas que determinam a qual das partes recairá os custos advindos da concretização de certos eventos. O risco se torna uma das variáveis, como vetor da operação econômica, mas também como um dos pesos da base do negócio jurídico, influenciando no binômio prestação-contraprestação e podendo, ainda que não previsto ou sopesado, interferir na relação.

Como apontado anteriormente, distingue-se o risco jurídico do econômico, sendo o primeiro natural ao contratos, dependente do curso dos eventos e que inclui, por exemplo, a hipótese de inadimplemento, enquanto é sustentado que o risco econômico diz respeito à variação do preço ou da possibilidade de lucro, apta a interferir no equilíbrio negocial.¹⁸⁶ Por isso, a relação funcional entre contrato e operação econômica se mostra complexa, pois surge ele como instrumento para o controle do futuro - e dos riscos -, uma vez que, “quando contratam, as partes tendem a prever e, geralmente, repartir os riscos de modo a equilibrar a relação contratual”,¹⁸⁷ mas, *a contrario sensu*, constitui-se também como

‘ambiente gerador de riscos’, na medida em que quem contrata está sujeito ao inadimplemento, às variações do mercado, à inflação inesperada, às influências da natureza e às alterações legislativas, entre outros fatores externos à relação jurídica mantida entre as partes que podem impactar o cumprimento do contrato da maneira como foi celebrada.¹⁸⁸

Apesar do *pacta sunt servanda*, os riscos habitam invariavelmente as operações econômicas que o contrato funcionaliza, e o próprio contrato, como fórmula jurídica, ao ser produzido, inaugura uma nova dimensão de perigos (os riscos jurídicos). Assim, ante a insustentabilidade da imutabilidade contratual, face à realização de que determinados riscos e eventos não poderiam ser arcados pelos contratantes, por representarem, em última instância, uma violação à equidade e a justiça comutativa, estatuiu o Código Civil de 2002 a possibilidade de revisão e resolução dos negócios jurídicos por onerosidade excessiva superveniente, fundando regime legal próprio para a modificação dos contratos.

¹⁸⁶ SOUZA, op. cit., p. 73.

¹⁸⁷ Ibid., p. 25.

¹⁸⁸ Ibid., p. 30.

4 INTERPRETAÇÃO DO RISCO E MODIFICAÇÃO DO PROGRAMA CONTRATUAL

4.1 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

A identificação das hipóteses em que eventos supervenientes permitem a resolução ou revisão do contrato exige a qualificação da espécie de risco verificada conjuntamente com a análise global do negócio, examinando-se todos os elementos formais e contextuais. Ou seja, a solução de eventuais problemas e divergências entre as partes contratantes sobre os seus direitos e deveres implica, em primeiro lugar, uma atividade de interpretação.

Conforme PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, os negócios jurídicos são atos de autonomia privada através dos quais as pessoas regem entre si os seus interesses. Consistem, portanto, em ações humanas com sentido, que instituem e põe em vigor regulações queridas pelos seus autores, e, em sendo assim, exigem elas interpretação.¹⁸⁹

Adiciona o autor que, pela atividade interpretativa, deve ser discernido o “sentido juridicamente relevante do agir jurídico negocial, entendendo-se o negócio jurídico simultaneamente como ação e regulação”. Dessa forma, procura-se, através da atividade hermenêutica, “o sentido juridicamente relevante do complexo normativo que é o negócio jurídico como um todo, como acção de autonomia privada, e como globalidade da matéria negociada ou contratada”, visando-se a determinação do conteúdo negocial vigente.¹⁹⁰

Dentro dessa posição, a usual distinção doutrinária entre interpretação e integração perde fundamento, pois ambas constituem uma só tarefa hermenêutica, perspectivando-se o negócio como um todo, como “regulação autónoma global”, a ponto de ser defendido a superação da dicotomia, afirmando-se que “é sempre necessário integrar o conteúdo e o sentido do negócio como globalidade de regulação autónoma e dele extrair os critérios de concretização da sua disciplina”.¹⁹¹

¹⁸⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**, 3ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 383.

¹⁹⁰ “(...) o que é diferente da simples interpretação da declaração negocial, seja ela entendida, quer como declaração de vontade, quer como enunciado performativo. Na interpretação deve ser procurado, não apenas o sentido de declarações negociais artificialmente isoladas do seu contexto negocial global (...)” (Ibid., p. 385).

¹⁹¹ Ibid., p. 386.

Para além da declaração do conteúdo e sentido do negócio, uma “interpretação integrativa” inicia “a descoberta e concretização do conteúdo do contrato como regulação”.¹⁹²

Em ponto de contato com a questão de fundo ora discutida, em torno das medidas a serem tomadas em face do surgimento de problemas específicos relacionados ao risco contratual, PAIS DE VASCONCELOS indica que a interpretação integrativa se torna instrumental exatamente

quando haja dificuldades de compreensão do conteúdo e do sentido do regulamento negocial global, quando do complexo regulativo contido no negócio seja necessário discernir critérios de solução de questões dele emergentes, que não tenham sido diretamente previstas e estipuladas nas declarações negociais.¹⁹³

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO aponta que as partes estão vinculadas não somente às obrigações expressamente assumidas, “mas também às que decorram (implicitamente, diz-se) da boa fé, da natureza ou finalidade do contrato, do contexto negocial ou de outros factores equivalentes”.¹⁹⁴ Nos negócios duradouros, a evolução das circunstâncias e das atitudes das partes também dão lugar à interpretação integrativa, permitindo a visualização da dinamicidade do contrato, dado que novos conteúdos são adicionados ao acordo com a sua prorrogação.¹⁹⁵ Assim, “o conteúdo e o sentido juridicamente relevante dos negócios duradouros não se fixam rígida e definitivamente no momento que são fechados, mas antes evoluem tanto mais quanto mais longamente perdurarem no tempo”.¹⁹⁶

Evoluindo o contrato ao longo da sua existência, também a interpretação integradora deve ser evolutiva, por esse motivo, a busca de soluções para problemas decorrentes de eventos supervenientes não se restringe às condições estipuladas originalmente e devem contabilizar, além daquela organização e economia inicial, toda a pletora de dados que se incorpora ao negócio jurídico no seu percurso de execução.¹⁹⁷

¹⁹² Ibid., p. 386. “O contrato não se interpreta como ato de estipular, mas como regulação vigente, como preceito de autonomia privada” (Ibid., p. 386).

¹⁹³ Ibid., p. 387.

¹⁹⁴ MONTEIRO, António J. M. Pinto. **Erro e vinculação negocial**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 40.

¹⁹⁵ VASCONCELOS, op. cit., p. 387.

¹⁹⁶ Ibid., p. 387.

¹⁹⁷ “A interpretação integrativa nos negócios que não sejam instantâneos, nos negócios duradouros, é evolutiva e tem de levar em conta, não só o que as partes neles estipularam originalmente, mas

Complementar tópico acerca da interpretação dos contratos concerne aos conceitos e distinções tratados no capítulo antecedente, que ditam diferenças no raciocínio hermenêutico exigido do operador, dependendo da classe de negócio jurídico abalizada. Principalmente, porque a interpretação dos contratos gratuitos diverge da análise feita sobre os contratos onerosos, em atenção a diferença estrutural das prestações e a causa do deslocamento patrimonial.

O Código Civil português fixa, a título de exemplo, no artigo 237, que “em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos grave para o disponente, e nos onerosos, o que conduzir a um maior equilíbrio das prestações”.¹⁹⁸ Também o Código Civil brasileiro possui regra semelhante, ao afirmar que “os negócios jurídicos e a renúncia interpretam-se estritamente” (artigo 114), além do artigo 480, que autoriza expressamente a redução da prestação ou a alteração do modo de executá-la nos contratos gratuitos (“se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes”).¹⁹⁹

Logo,

existindo prestação de somente uma das partes, na consecução do resultado útil do contrato cabe a aplicação da regra interpretativa *favor debitoris*, no sentido da melhor acomodação, diante do caso concreto, dos interesses do credor buscando o menor sacrifício possível do devedor.²⁰⁰

Uma observação a ser feita refere-se a ressalva feita por PAIS DE VASCONCELOS, de que a simples distinção entre dois lados ideais (gratuidade ou onerosidade) é insuficiente para mediar a atividade hermenêutica, pois a grande maioria dos contratos são “casos intermediários”, visto que “a gratuidade e a onerosidade não são qualidades impermeáveis, são dois pólos numa série infinitamente graduável”.²⁰¹ Nessa perspectiva, a autor assinala a necessidade de interpretação observar a equidade, através de

também o modo como foram executando os negócios no tempo, a atitude negocial que perante eles foram assumindo, o que os negócios para elas foram sendo durante e ao longo do tempo da sua duração e da sua execução” (Ibid., p. 387).

¹⁹⁸ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344, de 25 de Novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação.

¹⁹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

²⁰⁰ BENACCHIO, Marcelo. Interpretação dos contratos. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2011. p. 384.

²⁰¹ VASCONCELOS, op. cit., p. 392. “Também LEENEN defende a polaridade da gratuidade e da onerosidade, acrescentando-lhe ainda, numa série tripolar, a parciariedade, em que a contrapartida é temperada pelo risco do negócio e pela proporcionalidade. Neste sentido, o terceiro polo, será a álea e a proporção”. (Ibid., p. 393).

uma valoração e uma ponderação específicas das circunstâncias especiais que acompanham o contrato e da sua equação econômica concreta, para a qual será muito importante a consideração dos tipos de referência e das cláusulas atípicas ou de adaptação nos contratos atípicos, de modo a encontrar o critério que, com maior equidade, resolva o conflito de interesse das partes. O mesmo critério deve informar a integração, ou a interpretação integrativa, de acordo com a equidade.²⁰²

Aponta, ainda, RODRIGO XAVIER LEONARDO, que a interpretação dos contratos, em especial dos contratos mistos, “deve se dar a partir de uma cuidadosa identificação dos fundamentos da operação econômica por eles engendrada”. “Melhor dizendo: a base epistemológica para a análise dos contratos mistos deve se iniciar no negócio, alcançar o contrato e, do contrato, passar para o ordenamento jurídico”, evitando-se fórmulas excessivamente abstratas ao mesmo tempo em que outros critérios são prestigiados.²⁰³

4.2 OS REQUISITOS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE

Interferindo circunstâncias inesperadas “no ciclo das projeções estimadas pelo risco e pela consciência razoável do esperado, poderá suceder o fim precoce do contrato, pela asfixia da sua chance de sobrevivência”.²⁰⁴ Nessas hipóteses, o regime do Código Civil prevê três requisitos para a configuração da onerosidade excessiva: “(i) o contrato ser de execução continuada ou diferida; (ii) a existência de prestação excessivamente onerosa para uma das partes, com a quebra da equação econômica do negócio, (iii) e a superveniência de um acontecimento extraordinário e imprevisível”.²⁰⁵

Assinalou ENZO ROPPO quanto a primeira determinação, que a verificação da excessiva onerosidade pressupõe o negócio realizado consistir em um “contrato

²⁰² Ibid., p. 394.

²⁰³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 119. “Com base nesses elementos - assentados em uma perspectiva particular da operação sob análise -, pode-se passar a buscar uma integração do contrato mediante utilização dos princípios do direito dos contratos, destacando-se, entre aqueles nominados no capítulo precedente, o princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do NCC), que deve ser preservado, não apenas no surgir do sinalagma genético dos contratos, mas também no sinalagma funcional” (Ibid., p. 120).

²⁰⁴ ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2011. p. 649.

²⁰⁵ FERREIRA, Antônio Carlos, op. cit., p. 3.

de duração” (englobante dos contratos de “execução continuada ou periódica” e de “execução diferida”), nos quais se verifica um lapso temporal entre a conclusão do acordo e o seu completo cumprimento, devido precisamente ao remédio oferecido pelo instituto tutelar, “em certos limites, a originária economia do contrato que seja perturbada por circunstâncias surgidas após a sua conclusão, mas antes da sua execução”.²⁰⁶ Logo, advém a onerosidade excessiva de uma anormalidade posterior à celebração do negócio, que atinge o contrato em sua fase de cumprimento, de forma alheia aos desígnios dos contratantes. De forma semelhante, exige-se que o evento superveniente seja atual, não podendo ser alegado retrospectivamente. No caso do contrato ser cumprido sem a denúncia das novas condições, suportando a parte prejudicada todas as adversidades extraordinárias, não há que se cogitar de repetição do indébito.²⁰⁷

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI complementa que a onerosidade excessiva representa uma antijuridicidade no contrato em curso, pois desagrega o equilíbrio comum do vínculo, impondo-se, ante a sua verificação, a resolução da relação ou a sua renegociação. À vista disso, a onerosidade excessiva se configura através da alteração da base do negócio, com o desvirtuamento da vontade manifestada,²⁰⁸ devendo o fato produtor de modificações no contrato estar ligado, de alguma forma, ao seu objeto ou a sua funcionalidade.²⁰⁹

Em segundo lugar, tanto a prestação como a contraprestação podem ser atingidas pela onerosidade excessiva, afetando indistintamente credor e devedor. Logo, “a alteração das circunstâncias pode atingir tanto a credores como a devedores, especialmente nos contratos bilaterais ou comutativos, devendo ambos ser legitimados ativos para requerer sua dicção pelo Poder Judiciário”.²¹⁰ A emergência de um “estado de fato” imprevisto, capaz de transformar o vínculo

²⁰⁶ ROPPO, op. cit., p. 260.

²⁰⁷ ZULIANI, op. cit., p. 658-659. Entretanto, “compete analisar se o sacrifício do cumprimento se deu com a intenção (boa-fé) de não frustrar o escopo do contrato, o que permite, em sendo reconhecido o nexo de causalidade e a lealdade da partes, a ressalva ao exercício do instituto que promete reparar o dano da onerosidade que foi concretamente suportada” (Ibid., p. 659).

²⁰⁸ Ibid., p. 654.

²⁰⁹ Ibid., p. 656.

²¹⁰ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

contratual, pode potencialmente desequilibrar as dívidas e tornar uma mais onerosa e desigual.²¹¹ Igualmente,

quando a modificação das circunstâncias supervenientes reduzir de tal modo o valor objeto da prestação, a onerosidade excessiva não está em prestá-la, mas sim na quebra da equivalência entre as prestações correspectivas, pelo ônus resultante do recebimento de uma prestação ou de uma contraprestação já insignificante ou inútil.²¹²

Uma vez que todo contrato é ligado a uma operação concreta, a qual está indissoluvelmente vinculado, imperativo a análise da função econômica, pois, percebido como mecanismo de circulação de riquezas, essencial à produção e distribuição de bens e à prestação de serviços, aconselha-se a resolução do acordo sempre que se verificar um desequilíbrio, em que uma parte obtenha uma vantagem injustificada e, assim, termine por afastar do contrato a sua “utilidade funcional econômica”.²¹³

Defende MARCOS EHRHARDT JR. que a vantagem relativa ao desequilíbrio nem sempre será da outra parte, podendo ser auferida por terceiro, como, por exemplo, um transportador ou o poder público, bem como pode ser indireta, dado que simplesmente onerar alguém mais do que se deve possibilita a outrem obter uma vantagem indevida. Por isso, postula o autor que a previsão de extrema vantagem “deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, independentemente de sua demonstração plena, como sugerido no Enunciado 365 das Jornadas de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça”.²¹⁴ Ademais, coloca-se a necessidade de um liame de causalidade entre a vantagem e a onerosidade excessiva, dado que o mero desequilíbrio, ainda que em virtude de alteração das circunstâncias, não autoriza a revisão do contrato, caso a desproporção entre ônus e bônus das partes não seja uma decorrência da mudança.²¹⁵

Exige-se, por fim, a imprevisibilidade da situação, que deve ser de impossível antevisão pelos contratantes como foco de interferência no cumprimento

²¹¹ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1991. p. 139.

²¹² Ibid., p. 156.

²¹³ Ibid., p. 157.

²¹⁴ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual**: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 101

²¹⁵ Ibid., p. 101.

do negócio, de maneira a excluir do âmbito de hipóteses de onerosidade excessiva os eventos comuns ou ordinários dos sistemas político, econômico e social, bem como aquelas circunstâncias que usualmente geram mudanças na organização financeira de tipos contratuais semelhantes, as quais presumem-se conhecidas por todas as partes.²¹⁶ Além do mais, “o acontecimento, para ser admitido como gerador de uma onerosidade excessiva, deve ser extraordinário, até porque os elementos triviais não são impactantes”.²¹⁷

Na visão de RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR, a imprevisibilidade deve acompanhar a ideia de probabilidade, excluindo-se, assim, do âmbito de imprevisão os fatos que, em notável probabilidade, tendem a atuar sobre os contratos, a ponto das partes serem obrigadas a conhecer os elementos essenciais desses eventos e a sua capacidade de interferência.²¹⁸ Devido a isso, a avaliação da imprevisibilidade deve levar em conta determinados padrões de diligência, conforme as características social, econômica e profissional dos contratantes.²¹⁹

Em conclusão, a concepção da obrigação como processo e a colocação do sinalagma funcional como o aspecto preponderante dos contratos bilaterais pressiona o reconhecimento, nos “contratos de duração”, de instrumentos capazes de conservar a equivalência das obrigações correspectivas. E, como demonstrado, o próprio negócio, através das suas categorias, “fornece elementos objetivos seguros para a formulação de um juízo sobre a força dos efeitos da modificação superveniente em relação ao contrato, quanto à equivalência e ao seu escopo natural”.²²⁰

²¹⁶ ZULIANI, op. cit., p. 656-657. Márcio KLANG, tratando da conexão entre a noção de imprevisão e instabilidades econômicas, citou Mostapha Mohamad EL-GAMMAL para afirmar “a importância da distinção dos eventos imprevisíveis dos previsíveis, pois, (...) ‘somente esta distinção demonstra, ao mesmo tempo, a incapacidade da vontade de regular as circunstâncias muito imprevistas’” (KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 60).

²¹⁷ ZULIANI, op. cit., p. 657.

²¹⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1991. p. 154.

²¹⁹ Ibid., p. 155. “A probabilidade para ter relevância jurídica deve ter um certo grau (notável probabilidade), porque o conhecimento deve abranger os elementos essenciais do fato futuro e a força dos seus efeitos sobre o contrato, causador da onerosidade. Assim, a desvalorização da moeda é um fato provável num regime de desvalorização da moeda, mas poderá haver imprevisibilidade do seu grau, a ser determinado pela própria evolução do processo de desvalorização” (Ibid., p. 155).

²²⁰ Ibid., p. 150.

4.3 IMPREVISÃO, RISCOS ORDINÁRIOS E RISCOS EXTRAORDINÁRIOS

ANTÔNIO CARLOS FERREIRA nota que o conceito de “imprevisão” não é uniforme na doutrina, afirmando ser preferível defini-la pelo que “ela não é, admitindo-a como um filtro para se restringir as possibilidade de o juiz intervir no contrato”.²²¹ Nesse ponto, assim, pode o campo do termo ser delimitado, mesmo que não definido, através da apreciação das espécies de riscos dos contratos e de quais deles permitem, em tese, quando verificados, a revisão ou resolução dos negócios jurídicos.²²²

Conhecidas algumas categorias contratuais basilares, o modo pelo qual o risco se integra a elas e a necessidade da interpretação neste campo seguir determinados princípios - onde se impõe a consideração da globalidade do complexo normativo do acordo -, bem como estabelecido que não é a concretização de todo risco ou a superveniência de qualquer evento que autoriza a alteração do negócio, mas considerando, ademais, que certas mudanças podem quebrar a base sobre a qual se assenta os cálculos e expectativas da partes, a ponto do pacto perder o sentido que possuía, e estando claro que o direito tutela o equilíbrio dos vínculos, torna-se indispensável, agora, a análise das modalidade de riscos e eventos supervenientes aptos a fundamentar a reorganização dos direitos e deveres contratuais.

Anteriormente foi exposto a distinção entre os riscos jurídicos que acometem o contrato, como a possibilidade de inadimplemento e os riscos econômicos, como, exemplificativamente, a variação dos valores das operações financeiras, nos contratos duradouros ou de execução diferida.²²³ Mas, podem os riscos ser divididos ainda em ordinários e extraordinários.

Ordinariamente, todos os negócios possuem certo nível de risco, variável de acordo com o tipo contratual e o cenário econômico, bem como sujeito à cálculos e precauções, tenha sido expressamente individualizado ou não pelas partes no

²²¹ “Trata-se de entendimento doutrinário e que se baseia em pesquisa jurisprudencial, que revelou a existência de um grupo de fenômenos macroeconômicos que os tribunais, ao longo do século XX, definiram como *previsíveis*, como a inflação, a mudança de moeda e o aumento da taxa de juros” (FERREIRA, Antônio Carlos, op. cit., p. 3).

²²² ASCENSÃO, J. Oliveira. P. 11, “Há de facto que relacionar esta matéria com a do risco. A verificação dos riscos próprios do contrato não pode justificar a resolução ou revisão por onerosidade excessiva”.

²²³ Cf. o ponto 2.2.3.

contrato celebrado. Pode-se, então, afirmar que esse grau de risco - denominado também por parte da academia de “álea normal do contrato” - engloba os eventos usuais e previsíveis capazes de ocorrer durante a execução contratual, tais quais as oscilações de valores congêntas ao mercado.²²⁴ Argumenta-se, inclusive, que também os contratos aleatórios possuem uma extensão de risco contratada, incidindo a aleatoriedade típica da categoria sobre critérios quantificáveis, localizados em período certo.²²⁵

SOUZA ressalta que a “álea normal do contrato” não pode ser confundida com a “álea”, pois trata-se a última da incerteza de lucro ou prejuízo, enquanto a álea normal conecta-se aos eventos supervenientes que podem atingir a relação contratual no seu desenvolvimento, previstos ou previsíveis e, na prática, mensuráveis, de acordo com os riscos econômicos verificados no mercado, aos quais as partes se sujeitam.²²⁶

Como pontua ROPPO, cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados, mas deixa a lei a cargo dos contratantes

os riscos tipicamente conexos com a operação, que se inserem no andamento média daquele dado mercado. É óbvio, então, que o nível de risco correspondente à ‘álea normal do contrato’ não se pode identificar, de modo geral e abstracto, para todo tipo de relação contratual, mas varia em relação aos particulares tipos de negócios, aos particulares mercados, às particulares conjunturas económicas.²²⁷

Por outro lado, a normalidade da álea pode ser extrapolada quando um “evento anormal e singular” transpor o limite dos riscos acordados, alterando, dentro de um determinado tipo negocial, as prestações e o valor econômico da obrigação.²²⁸ Nesse cenário, o evento “extraordinário e imprevisível se insere na “álea extraordinária do contrato”, ou melhor, “no espectro dos riscos anormais que desequilibram a equação econômica imaginada pelas partes no momento da

²²⁴ SOUZA, op cit., p. 34-35.

²²⁵ Ibid., p. 36.

²²⁶ Ibid., p. 36.

²²⁷ ROPPO, op. cit., p. 262-263.

²²⁸ SOUZA, op. cit., p. 35. “Pode ser, aliás, que as próprias partes contratantes estabeleçam, no contrato, um teto ou um limite para a álea do negócio. Utilizando-se da prerrogativa da liberdade de contratar, é plenamente possível que se estabeleça o reajuste do preço de um contrato, ou até mesmo sua extinção, se o preço de determinada prestação atingir um patamar estabelecido” (Ibid., p. 35-36). “As partes podem distribuir como melhor entenderem o risco desde o momento da conclusão do contrato, inserindo nele cláusula de adequação (hardship), de exoneração da responsabilidade, [...]” (GALLO, Paolo. **Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto**. Milão: Giuffrè, 1992, p. 8, *apud* SOUZA, op. cit., p. 36, nota de rodapé nº 47).

contratação”.²²⁹ Consistem em “riscos absolutamente anómalos, como tais subtraídos à possibilidade de razoável previsão e controle dos operadores”, que geralmente se manifestam “com caráter de generalidade, mudando as condições de todo um mercado ou de todo um sector de relações”.²³⁰

Logo, o evento “imprevisto”, para ser caracterizado dessa forma, deve ultrapassar a “álea normal do contrato”, expressando-se como um “risco extraordinário”, não integrante dos riscos típicos do segmento negocial questão, que cause uma onerosidade excessiva, a qual as partes não poderiam, razoavelmente, ser obrigadas a suportar. Por certo, valorizando o direito a corresponsabilidade das prestações e o equilíbrio, dispõe o ordenamento jurídico de respostas para os casos em que a economia do contrato é alterada por eventos que os contratantes não controlam.²³¹

4.4 RISCOS, ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE E AS HIPÓTESES DE RESOLUÇÃO E REVISÃO DOS CONTRATOS

Forma pressuposto ideológico e regra de funcionamento do sistema de direito privado o princípio da liberdade de contratar, ligado a “obrigação de pleno respeito pelos compromissos contratuais livremente assumidos, e, portanto, a assunção do risco relativo à possibilidade de a operação, de que se esperavam lucros, causar, ao invés, prejuízos”,²³² complementando ENZO ROPPO que “o duplo binómio ‘proveito-risco’ e ‘liberdade contratual-responsabilidade contratual’ sintetiza, de modo eficaz, os princípios ordenadores de um mercado capitalista e do sistema de direito que lhe corresponde”.²³³

Sendo assim, tendencialmente, são irrelevantes os desequilíbrios de valor econômico entre prestação e contraprestação que surjam no decorrer da execução contratual, por eventos alheios ao controle das partes, porquanto toda operação econômica possui riscos, sendo que um determinado negócio pode se transformar

²²⁹ Ibid., p. 41.

²³⁰ ROPPO, op. cit., p. 262.

²³¹ “O contrato não é um fenómeno isolado. Ocorre inserido numa realidade social e humana” (MONTEIRO, António Pinto. Erro e teoria da imprevisão. **Revista Trimestral de Direito Civil**. São Cristóvão: Padma. v. 15, jul./set. 2003, p. 10, *apud* SOUZA, op. cit., p. 41).

²³² ROPPO, op. cit., p. 259.

²³³ Ibid., p. 259.

num passivo sem que o prejudicado possa se eximir da obrigação.²³⁴ São deixados a cargo das partes os “riscos tipicamente conexos com a operação”, inerentes a um dado mercado e que constituem a denominada “álea normal do contrato”.²³⁵

Não obstante, foi visto que determinadas situações extrapolam a faixa do que pode ser compreendido como razoável, criando um desequilíbrio tal que leva o direito a interferir no conteúdo do contrato, visando a normalização do vínculo.

Supletivamente ao que já se descreveu, quando do estudo dos riscos ordinários e extraordinários, ADALBERTO PIMENTEL DINIZ DE SOUZA defende, informado por G. DI GIANDOMENICO,²³⁶ que a verificação do extrapolamento do “álea normal do contrato” e da configuração da onerosidade excessiva se assenta na análise de três aspectos (quantitativos, qualitativos e temporais) da relação entre o evento superveniente e o negócio entabulado.²³⁷ Primeiramente, “o critério quantitativo de superação da álea normal é aferível se a prestação se torna, no curso do contrato, excessiva, do ponto de vista econômico”, ultrapassando os limites do risco contratado. O critério qualitativo envolve, junto com a análise do tipo contratual, a avaliação dos eventos supervenientes serem “extraordinários ou imprevisíveis”. O critério temporal, por sua vez, “exige a comparação entre o cenário econômico no momento da contratação e o respectivo cenário econômico no momento da cogitada extrapolação da álea normal do contrato”.²³⁸

Presentes todos os requisitos, poderá o contratante prejudicado buscar a resolução do contrato, ou tentar a modificação equitativa das condições do acordo, alicerçado nas disposições do Código Civil.²³⁹

4.4.1 Revisão do contrato

A respeito da possibilidade de revisão do contrato, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO aponta que o regime geral da matéria consta dos artigos 478 a 480 do

²³⁴ Ibid., p. 259 -260.

²³⁵ Ibid., p. 262.

²³⁶ “A estimativa de superação da álea normal do contrato se efetua mediante um juízo de previsão que se articula sobre perfis quantitativos, qualitativos e temporais” (DI GIANDOMENICO, op. cit., p. 115, *apud* SOUZA, op. cit., p. 37, nota de rodapé nº 50, tradução livre pelo autor).

²³⁷ SOUZA, op. cit., p. 37.

²³⁸ Ibid., p. 38.

²³⁹ “O efeito ou consequência jurídica está fixado nos arts. 478 e seguintes, que dão a disciplina geral e ultrapassam a previsão sectorial do art. 317. Consiste na resolução ou modificação do contrato” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 1, jan./jun. 2008. p. 13-14).

Código Civil brasileiro, em seção específica denominada “Da Resolução por Onerosidade Excessiva”, além da disposição setorial contida no artigo 317²⁴⁰ do mesmo diploma. Indica, outrossim, guiado pelo próprio nome da respectiva seção, que unicamente a resolução vem prevista como regra geral, conforme o artigo 478 do Código,²⁴¹ sendo prevista a modificação nos artigos 479 e 480²⁴² de forma condicional, sob a anuência da outra parte, pois, *ipsis litteris*, “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Em face dessas disposições, “pareceria que o efeito geral seria a resolução, e a modificação do contrato só poderia fazer-se a pedido da contraparte (arts. 479 e 480)”. Contudo, ASCENSÃO indica que o “princípio da conservação ou aproveitamento do negócio jurídico” deve ser contabilizado como preceito geral, apesar de se manifestar legislativamente em casos singulares. Desse modo, para compatibilizar as diversas disposições legais, sistematiza as hipóteses de modificação em quantitativa e qualitativa, delineando as diversas condições e resultados das espécies.²⁴³

Preliminarmente, situando as dispositivos normativas, defende que os artigos 478-480 do Código Civil versam sobre contratos de execução continuada ou diferida, nos quais o vínculo se estende no tempo, que, submetidos a variações, eventualmente, ocasionam uma excessiva onerosidade a alguma das partes. O artigo 317, a seu turno, localizado na parte das “Obrigações” do Código, regula a questão da prestação, tanto que “surge na continuidade do art. 315, relativo às dívidas pecuniárias”.²⁴⁴

Como dito, “onde há diferença, efectivamente, é na consequência a retirar. O art. 317 só prevê a revisão, no sentido da correcção do valor da prestação. O art.

²⁴⁰ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

²⁴¹ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

²⁴² “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

²⁴³ ASCENSÃO, op. cit., p. 14.

²⁴⁴ Ibid., p. 13.

478 prevê a revisão ou resolução do contrato”.²⁴⁵ Assim, em vista do teor dos artigos, a onerosidade excessiva, defende ASCENSÃO, pode ser satisfeita com uma mera modificação quantitativa, “seja a redução do preço, por exemplo, ou a hipótese do art. 317”, que pode consistir também em uma supressão de cláusulas.²⁴⁶ Qualitativamente, para além da alteração dos valores, cláusulas podem ser modificadas, embora, nesta situação, deverá ser seguido as normas impostas pelos artigos 479 e 480 do Código Civil, dado que “uma cláusula tem sempre fundamento na autonomia privada. Pode ser suprimida ou modificada quantitativamente, sem o consenso da parte, mas não pode ser introduzida sem a vontade dela uma cláusula nova”.²⁴⁷

Destaca-se, nesta perspectiva, que também a alteração do conteúdo do contrato, como meio de manutenção do vínculo, está conectada a noção de “vontade” e a importância atribuída à manifestação volitiva pela visão liberal, pois a tentativa de adaptação do acordo acaba por revelar a própria força da relação estabelecida.²⁴⁸

4.4.2 Resolução

A resolução do contrato, por sua vez, em concordância com o art. 478 do Código Civil é a hipótese normal e, por vezes, a única solução. Mesmo assim, expõe ASCENSÃO que a contraposição das hipóteses de resolução com as de modificação pode ocasionar problemas. Fundamentada do princípio da conservação dos negócios jurídicos, uma parte é livre para pedir a revisão do contrato, ao invés da medida mais gravosa, consistente no fim do vínculo. Entretanto, apesar disso,

²⁴⁵ Ibid., p. 13. Observa-se, além disso, que o regime da onerosidade excessiva prevista no Código Civil diverge do modelo presente no direito consumerista, onde o evento superveniente modificador do equilíbrio contratual não precisa ser imprevisível ou extraordinário para permitir a revisão da obrigação (FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. **Revisão do Contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 141).

²⁴⁶ ASCENSÃO, op. cit., p. 14. “É hipótese compreendida na redução do negócio inválido (art. 184) e aplicável também no caso da onerosidade excessiva” (ibid., p. 14).

²⁴⁷ Ibid., p. 14. Completa ASCENSÃO: “Somos assim de parecer que a modificação qualitativa duma cláusula só é possível nos casos previstos por lei ou com o consentimento da outra parte. Não pode ser imposta” (idem, p. 14).

²⁴⁸ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de *hardship***. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108.

poderá o outro contratante reconvir com o pedido de resolução, “quando o desequilíbrio contratual não puder sanado com a modificação (quantitativa)”.²⁴⁹

Mas elucida o referido autor que determinadas balizas devem ser adotadas na avaliação da possibilidade de modificação ou resolução. Primeiramente, “não é qualquer acréscimo de onerosidade, provocado por factos supervenientes extraordinários, que implica a intervenção deste instituto”, mas somente uma “excessivamente onerosa”, verificando-se uma “extrema vantagem”, dado que só os casos patológicos devem ser trazidos a juízo”.²⁵⁰

Adicionalmente, a alteração das circunstâncias deverá ser avaliada com base na equidade,²⁵¹ uma vez que está em causa, justamente, um “gravame ao equilíbrio ou justiça do conteúdo”, sendo

que a decisão baseada na consideração das circunstâncias do caso, mais que em padrões genéricos de conduta, é a solução pela equidade. A equidade é, na definição clássica nunca superada, a justiça do caso concreto. Só a análise das circunstâncias do caso concreto permite chegar à solução justa.²⁵²

Nesse aspecto, adquire um novo perfil, posto que, além do papel de instrumento de supressão de lacunas da lei e de ferramenta de interpretação da regra jurídica, serve ainda para a manutenção do equilíbrio econômico das prestações.²⁵³ Dentro desse ângulo, remetendo à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ASCENSÃO assinala que “a solução não necessita ser de ou

²⁴⁹ ASCENSÃO, op. cit., p. 15. ALCIO MANOEL DE SOUZA FIGUEIREDO critica a opção legislativa, afirmando que, “infelizmente, o novo Código Civil não se encontra em perfeita interação com o Código de Defesa do Consumidor, que não prevê a resolução do contrato, mas tão somente a revisão ou modificação das cláusulas contratuais, ou seja, busca sempre a preservação e a integridade do contrato” (FIGUEIREDO, op. cit., p. 143).

²⁵⁰ ASCENSÃO, op. cit., p. 15-16.

²⁵¹ “Ao decidir pela aplicação da teoria da imprevisão numa relação entre particulares, o juiz poderá invocar os princípios da boa-fé, da equidade ou ainda da comutatividade, isto é, do equilíbrio entre as prestações contratuais, princípios esses que buscam uma relação contratual mais justa e *ipso facto* equânime” (DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 73).

²⁵² ASCENSÃO, op. cit., p. 17.

²⁵³ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**, 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008, p. 144. “Nesse contexto de comutatividade contratual é que se constrói o princípio da equidade, enquanto fundamento da justiça que deve imperar no contrato, seja ele de longa duração ou não, uma vez que as parcelas reciprocamente devidas nunca poderão estar desajustadas ou sofrer perdas ou ganhos, ao longo da execução da avença” (Ibid., p. 144).

tudo ou nada”, podendo o julgador, equitativamente, estabelecer de forma diversa a repercussão sobre cada parte, através de critérios valorativos.²⁵⁴

Atualmente, é admitido também, com base na principiologia do direito dos contratos, uma preferência pela revisão, ao invés da resolução do vínculo, privilegiando-se a manutenção dos negócios jurídicos. Mencionando a preferibilidade da revisão, com a consequente manutenção dos acordos, RODRIGUES JÚNIOR expõe que “essa leitura do art. 478 corresponde ao estado de evolução da doutrina mais avançada, consistindo em um dever de cooperação para o equilíbrio contratual nos vínculos de trato sucessivo ou diferida execução”.²⁵⁵

Inafastável é o reconhecimento de que o direito, em todas as suas manifestações, “traduz uma experiência prática, razão pela qual no seu campo a ‘aderência ao real’ se põe como uma necessidade ineludível”.²⁵⁶

²⁵⁴ ASCENSÃO, op. Cit., p. 15. Em acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2003, “foi entendido, na sequência da posição assumida pelo Ministro Ari Pargendler em voto vencido em processo anterior, que ambas as partes contribuíram para a onerosidade e ambas foram lesadas por esta, pelo que o desequilíbrio deveria ser suportado por ambas. Atribui-se por isso a cada parte 50% da desvalorização sobrevinda” (ibid., p. 15).

²⁵⁵ RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 163.

²⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980, *In Revista de Informação legislativa*, v. 32, n. 126, abr.jun. 1995, p. 127.

5 CONCLUSÕES

Observou-se que o termo “risco” habita a linguagem usual e remete, geralmente, a situações de incerteza, onde sobressalta a eventualidade dos acontecimentos, definindo, na maior parte dos casos, uma potência para a ocorrência de resultados negativos. Mas o campo semântico da palavra se complexifica com a especialização e tecnização do termo, pois, como visto, o “risco” constitui conceito relevante em um sem número de matérias, perpassando a economia, a sociologia e o direito, sendo utilizado como categoria ou modelo para a explicação da sociedade contemporânea e elevado a concepção essencial nos estudos sociais.

Apesar da riqueza de acepções, foi demonstrado que a recepção pelo direito do “risco” implica certas alterações, dada a metodologia própria pela qual os termos econômicos e sociológicos se compõe como conceito jurídicos, oportunidade em que se utilizou do escalonamento tradicional da semiótica para ilustrar as espécies de relações que o vocábulo pode manter dentro do sistema de direito. Aprofundando esse aspecto, foi exposta uma sintética tipologia das definições, apontando-se que, contemporaneamente, o exercício de definição parte de uma perspectiva léxica ou estipulativa, com o reconhecimento da inflexível influência dos valores históricos vigentes na delimitação dos significados jurídicos.

Acentuou-se que tal panorama é ainda mais claro frente a termos que possuem naturalmente uma maior abertura significativa, obstaculizadora de definições exaustivas, quando ligados a valores sociais em constante mutação, a padrões morais ou, também, originários do seara econômica, os quais foram qualificados como detentores de uma *vagueza social típica*, por ser o intérprete reenviado a concepções assentadas pela tipologia social, cambiantes no tempo e no espaço, tal qual é o caso do “risco”. Nesse sentido, foi defendido que a expressão encerra uma permanente *vagueza*, referente a situações de incerteza, eventualidade e potencialidade para resultados negativos, cabendo ao intérprete, no caso concreto, delimitar o uso da palavra.

Posteriormente, explicou-se que todo negócio jurídico contratual tem como fundamento uma operação econômica, categoria fundamental que extrapola a mera formalização jurídica instrumentalizada no contrato, estando esse funcionalizado a realidade concreta da operação, muito embora constitua um plano semi-autônomo

de análise. Apesar do critério em comum, foi defendido, igualmente, a diversidade de operações econômicas possíveis, sistematizando-se, na sequência, os modos diferentes pelos quais o “risco” se insere nas variadas classes de contratos, que geram consequências na atividade hermenêutica necessária à busca de soluções para os problemas surgidos na fase de cumprimento das obrigações.

Dessa forma, identificou-se nos contratos sinalagmáticos um especial vínculo entre as prestações, entorno da atribuição patrimonial que esse gênero de negócio acarreta, levando em conta a ideia de corresponsabilidade. Mencionado a distinção entre sinalagma genético e funcional, foi proposto que eventuais desequilíbrios, a quebra do sinalagma funcional, permite a readequação dos direitos e obrigações. Ademais, foi diferenciado os contratos onerosos dos gratuitos, e os comutativos do aleatórios, apontando-se que aleatórios caracterizam-se justamente por serem “negócios de risco”, pois não é possível avaliar a relação de reciprocidade entorno da vantagem patrimonial, que resta dependente de um evento incerto.

Subsequentemente, tendo sido reconhecido que todo contrato carrega riscos, necessariamente assumidos pelos contratantes, retornou-se a problemática acerca das situações em que a superveniência de um evento altera de tal modo o equilíbrio entre as prestações que se torna questionável a justiça da atribuição a uma das partes dos custos resultantes.

Assim, para a investigação do atual regime de revisão e resolução dos contratos, foi narrado o percurso teórico da possibilidade de modificação das obrigações contratuais, expondo-se que o tema é secular, remontando a cláusula *rebus sic stantibus*, de origem medieval, a qual, durante as crises econômicas e conflitos bélicos do século XX, se seguiu da teoria da imprevisão. Posteriormente, o debate acerca da possibilidade de alteração se aprofundou com a formulação da teoria da base do negócio jurídico. Com a promulgação Código Civil de 2002, entrou em vigência o regime legal da onerosidade excessiva, que, incorporando elementos de várias correntes, disciplinou as hipóteses e o requisitos para a modificação dos contratos pela superveniência de eventos imprevisíveis e extraordinários.

Na continuação, foram descritos os requisitos necessários à revisão dos contratos por onerosidade excessiva superveniente, elencando-se i) a necessidade do negócio ser de execução continuada ou diferida, e ii) ocorrer a quebra de sua equação econômica, de forma a tornar a prestação excessivamente onerosa para uma das partes, iii) em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível.

Nesse ponto, mais uma vez foi possível a interconexão com o tema do risco, quanto a definição de imprevisibilidade. Indicou-se que a delimitação de evento imprevisível é dispare nos estudos acadêmicos, sem a solidificação de um entendimento unitário. Entretanto, foi proposto que o âmbito de aplicação pode ser restringido através da distinção entre as espécies de riscos integrantes dos contratos.

Cada tipo concreto de negócio se submete a riscos, variáveis de acordo com o setor da operação econômica e as condições do mercado. Mas, como apontado, cada contrato possui uma faixa de risco que lhes são próprios, ínsitos ao ambientes em que operam, riscos esses que devem ser assumidos pelos contratantes e por eles arcados, caso se materializem, pois integrante da “álea normal do contrato”.

Dependentes do espécie negocial, os riscos normais não podem ser determinados em abstrato, mesmo assim, cada acordo se sujeita a um conjunto de imprevistos ordinários capazes de alterar o contexto do contrato e transformar em passivo uma operação da qual se esperava lucros. Sendo tais riscos congênitos, não podem os contratantes se escusar dos eventuais custos alegando a superveniência de eventos “imprevistos”.

Mas, igualmente, identifica-se um espectro de riscos anormais e extraordinários, de infactível prognóstico pelas partes, desestabilizadores da equação econômica original dos contratos, que não poderiam ser impostos aos contratantes por eles afetados, dado que excluídos da capacidade razoável de previsão e precaução. Logo, o evento imprevisível e extraordinário é aquele alheio aos riscos normais do contrato, que, sendo extraordinário, ocasione uma excessiva onerosidade, afetando a corresponsabilidade das prestações e o equilíbrio do vínculo. Verificada tais condições, abre-se a possibilidade para o prejudicado requerer a resolução do contrato ou, quando cabível, a sua revisão.

Esclarecidos o âmbito de aplicação, as regras relativas à revisão e resolução, contidas nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil foram examinadas, dividindo-se as alternativas de revisão em quantitativa e qualitativa. Com base no art. 317 e no princípio da conservação dos negócios jurídicos, foi sustentado a possibilidade de modificação do valor da prestações, independentemente do consentimento da outra parte, verificada a onerosidade excessiva. Qualitativamente, porém, expôs-se que a modificação do conteúdo das cláusulas contratuais deve seguir a letra dos artigos 479 e 480, que exigem a

concordância do réu para a modificação equitativa do negócios, prevendo o Código apenas a resolução como regra geral cabível nos casos de onerosidade excessiva incapazes de serem corrigidos com a simples alteração do valor pecuniário da prestação.

Por fim, retomando o início da monografia, deve ser apontado que, para além de todo o percurso teórico da possibilidade de modificação do contrato e dos requisitos das hipóteses legais, localiza-se na base uma ideia de justiça, onde não podem os contratantes arcar com os ônus de eventos imprevisíveis. Do mesmo modo, a equidade, além de fundamento último, é igualmente baliza interpretativa sempre presente, mediando e modulando a aplicação das diretrizes legislativas as circunstâncias do caso concreto.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1991. p. 154.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Aspectos da evolução da teoria dos contratos. São Paulo: Saraiva, 1949. t. II, *apud* SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco Contratual, onerosidade excessiva e contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.
- AREOSA, João. O risco nas ciências sociais: uma visão crítica ao paradigma dominante. **Revista Alagoana de Sociologia**, 2010; n°s 5 e 6, p. 11-33.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008.
- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compra e venda, troca ou permuta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, 2. Ed. São Paulo: ED. 34, 2011.
- BENACCHIO, Marcelo. Interpretação dos contratos. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2011.
- BOSI, Maria Lúcia Magalhães. Problematizando o conceito de risco em diretrizes éticas para pesquisas em ciências humanas e sociais na Saúde Coletiva. **Ciênc. Saúde coletiva** [online]. 2015, vol. 20, n. 9, p. 2675-2682.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 04 out. 2018.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- _____. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.
- DI GIANDOMENICO, Giovanni; RICCIO, Domenico. **Trattato di Diritto Privato, v. XIV, I contratti speciali - I contratti aleatori**. Coordenado por Mario Bessone. Turim: G. Giappichelli, 2005 *apud* SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco Contratual, onerosidade excessiva e contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.
- DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e Cultura** - Um Ensaio Sobre a Seleção de Riscos Tecnológicos e Ambientais. São Paulo: Campus, 2012.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual**: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias. Salvador: Juspodivm, 2008.

FERREIRA, Antônio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Civil Contemporâneo** (Coord. Otávio L. Rodrigues Jr., José A. Peres Gediél, Rodrigo Xavier Leonardo, Rafael Peteffi, Ignácio Maria P. Velasco e Dário Moura Vicente), v. 1, a. 1, p. 27-40. São Paulo: RT, out-dez, 2014 [versão on-line].

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Reciprocidade e Contrato**: A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. **Revisão do Contrato**. Curitiba: Juruá, 2004.

FIUZA, César. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios. **Revista de Informação Legislativa**, 1999; nº 144, a. 36. p. 5-10.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**, 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

GORLA, Gino. **El contrato**. Barcelona: Bosch - Casa Editorial, 1959, v. 1, p. 21, *apud* FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Reciprocidade e Contrato: A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

GALLO, Paolo. **Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto**. Milão: Giuffrè, 1992, *apud* SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. Risco Contratual, onerosidade excessiva e contratos aleatórios. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação**: lesão e cláusula de *hardship*. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Orlando. Curso de Direito Civil, Vol.1: **Introdução ao Direito Civil**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GUIVANT S., Júlia. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia, *In Revista Estudos Sociedade e Agricultura*, n.16, abril 2001, p. 95-112.

KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Albolote (Granada): Comares, 2002, p. 34 e 37, *apud* SILVESTRE, Gilberto Fachetti, OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. A manutenção da base objetiva do contrato na onerosidade excessiva no Brasil. **RJLB**, Ano 1, 2015, nº 2, p. 773-810.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, *apud* SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. Risco Contratual, onerosidade excessiva e contratos aleatórios. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014.

_____. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUZZATTI, Claudio. **La Vaghezza delle Norme** - Un'analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990, p. 3 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MANERO, Juan Ruiz. Uma tipologia das normas constitucionais. [Tradução por Eduardo Ribeiro Moreira] In **civilistica.com** [on-line], a. 5. n. 1, p. 1-31, jan./jun. 2016.

MARANDOLA JR., Eduardo; HOGAN, Daniel Joseph. O risco em perspectiva: tendências e abordagens, In **Geosul**, Florianópolis, v. 19, n. 38, p. 25-58, jul./dez. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Contratos. Conceito e Evolução. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2011.

_____. O Direito Privado como um “sistema em construção”, as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

_____. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980, In **Revista de Informação legislativa**, v. 32, n. 126, p. 115-128, abr./jun. 1995.

MAURICIO JR., Alceu. **O Estado de Risco**: O Estado Constitucional de Direito no Paradigma Social do Risco. 2011. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, 2012.

MONTEIRO, António Pinto. Erro e teoria da imprevisão. **Revista Trimestral de Direito Civil**. São Cristóvão: Padma. v. 15, p. 3-20, jul./set. 2003, *apud* SOUZA,

Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco Contratual, onerosidade excessiva e contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

_____. **Erro e vinculação negocial**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 40.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**, 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito civil pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, 2010

OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1991.

PASQUALOTTO, Adalberto. **A importância dos conceitos na construção da dogmática**. In MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Maria Jacob de (organizadoras). Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344, de 25 de Novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em 04 out. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil de 2002**. Questões Controvertidas e Críticas. 2008. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, *apud* SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco Contratual, onerosidade excessiva e contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti, OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. A manutenção da base objetiva do contrato na onerosidade excessiva no Brasil. **RJLB**, Ano 1, 2015, nº 2. p. 779-780.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco Contratual, onerosidade excessiva e contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil**, 3ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua Linguagem**, 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2011.